

J. H. NIEUWENHUIS

UIT DE BAN VAN HIER EN NU

ONTWIKKELINGEN OP HET
GEBIED VAN DE OVERDRACHT VAN
ROERENDE ZAKEN
BEVATTENDE TEvens ENIGE
BESCHOUWINGEN OMTRENT DE STATUS
VAN OVERGANGSVORMEN
IN HET PRIVAATRECHT

KLUWER

Juridisch
Studenten.

Balie B e 16; 12

UIT DE BAN VAN HIER EN NU

741
J H (NIEUWENHUIS)

UIT DE BAN VAN HIER EN NU

ONTWIKKELINGEN OP HET
GEBIED VAN DE OVERDRACHT VAN
ROERENDE ZAKEN
BEVATTENDE TEvens ENIGE
BESCHOUWINGEN OMTRENT DE STATUS
VAN OVERGANGSVORMEN
IN HET PRIVAATRECHT

REDE

UITGESPROKEN BIJ DE AANVAARDING
VAN HET AMBT VAN GEWOON HOOGLERAAR
IN HET BURGERLIJK RECHT
EN HET BURGERLIJK PROCESRECHT
AAN DE KATHOLIEKE HOGESCHOOL TE TILBURG
OP DONDERDAG 18 DECEMBER 1980

KLUWER

DEVENTER 1980



ISBN 90 268 1204 3

© 1980, Mr J H Nieuwenhuis, Goirle

Behoudens uitzondering door de Wet gesteld mag zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbende(n) op het auteursrecht, c q de uitgeefster van deze uitgave, door de rechthebbende(n) gemachtigd namens hem (hen) op te treden, niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotocopie, microfilm of anderszins, hetgeen ook van toepassing is op de gehele of gedeeltelijke bewerking

De uitgeefster is met uitsluiting van ieder ander gerechtigd de door derden verschuldigde vergoedingen voor kopiëren, als bedoeld in artikel 17 lid 2, Auteurswet 1912, en in het K B van 20 juni 1974 (Stb 351) ex artikel 16b Auteurswet 1912, te innen en/of daartoe in en buiten rechte op te treden

INHOUD

<i>Inleiding</i>	7
—de orde van het betoog	7

DEEL I

1. <i>Overdracht van roerende zaken</i>	13
—traditionalisme versus consensualisme	13
—een derde weg	14
—beginselen	15
—contractualisering	18
—de anatomie van het eigendomsrecht	18
—drie doelen	21
—legitimatie	23
—individualisering	24
—markering van het tijdstip waarop de verbintenis wordt omgezet in eigendom	25
—uit de ban van hier en nu	27
—eigendomsoverdracht door 'tweezijdige verklaring zonder feitelijke handelingen'	30
—een geniaal compromis	32
—uit het kabinet van dr Celsus	33
—kunst en vliegwerk	35
—wat is de toegevoegde waarde van bezitsoverdracht door tweezijdige verklaring?	39
—een leerzame analogie	40
—van voorwaarde tot gevolg	41
—en nu?	44
—het uiteenvallen van momenten in rechtshandelingen	46
2. <i>Drie problemen van 'overgangsrecht'</i>	49
A. een interessante overgangsfiguur: aannemer Kerstens	49
—wat is dat: voorwaardelijke eigendom?	53
B. levering bij voorbaat en het faillissement van de vervreemder	55
—de nemo plus klip omzeild	60

C. levering bij voorbaat van nietgeïndividualiseerde zaken	64
<i>3. Bij wijze van samenvatting: een confrontatie van het voorgaande met het Nieuw Burgerlijk Wetboek</i>	73
—toekomstperspectieven van de zakelijke overeenkomst	73
—Nieuw Babylon	76
—overdracht door een zakelijke overeenkomst en de drie leveringsdoelen	83
—overdracht door een zakelijke overeenkomst en aanvullend recht	86
—eigendomsoverdracht van roerende zaken in internationaal perspectief	90
—convergerende ontwikkelingen	91
DEEL II	
<i>over de status van overgangsvormen in het privaatrecht</i>	95
—wat is de positie van de algemene begrippen van het burgerlijk recht?	95
—kent de rechtswetenschap normale typen?	96
—dichotoom → typologisch	102
—subsumptief → comparatief	104
—legitimerend → heuristisch	107
<i>Tenslotte</i>	111

Eigendomsoverdracht van roerende zaken, op grond van een koopovereenkomst, is zonder twijfel de belangrijkste rechtshandeling. Niet alleen kwantitatief: miljoenen malen per dag wordt eigendom overgedragen; van boter, kaas en eieren tot scheepsladingen ruwe olie en ijzererts. Maar ook kwalitatief: volgens een klassieke opvatting onder anthropologen vormt overdracht van eigendom, aanvankelijk tussen stammen, later ook tussen individuen, bij uitstek de sleutel tot het vreedzaam samenleven met vreemden.¹ Naar een even klassieke visie onder economen is in het ruilverkeer ('the general disposition to truck, barter and exchange') de verklaring te vinden voor 'the wealth of nations'.²

Eigendomsoverdracht als sociaal cement en als bron van welvaart. Het belang van deze rechtshandeling is evident. Maar hoe gaat dat eigenlijk: overdracht van eigendom?

De orde van het betoog

Hoe gaat bij koop van roerende zaken de eigendom over op de koper? De geschiedenis van het privaatrecht heeft drie antwoorden gegeven: door het sluiten van de koopovereenkomst, door overgave van de zaak en door betaling van de koopprijs.

Welk stelsel verdient de voorkeur? Uit de aard van het voorwerp van overdracht, het eigendomsrecht van

¹. Marcel Mauss, *Essai sur le don, forme archaïque de l'échange* (1925).

². Adam Smith, *The Wealth of Nations*, Book I Chapter 2.

roerende zaken, vloeit voort dat drie doelen—zoveel mogelijk—moeten worden gerealiseerd. Legitimatie van de verkrijger, individualisering van de overgedragen zaken en markering van het tijdstip waarop de verbintenis rechtelijke aanspraak van de verkrijger wordt omgezet in eigendom. Door de eigendomsovergang vast te knopen aan de feitelijke overgave worden weliswaar deze doelen op eenvoudige wijze gerealiseerd, maar wordt tevens de eigendomsoverdracht geplaatst onder de dictatuur van hier en nu. Ontkoppeling van eigendomsoverdracht en feitelijke overgave, zowel naar plaats als naar tijd, werd mogelijk door de contractualisering van de levering. De praktijk heeft van deze mogelijkheid om uit de ban van hier en nu te geraken ruim gebruik gemaakt, getuige de opkomst van de ‘traditiepapieren’ (celen, cognossementen), het eigendomsvoorbehoud en de levering bij voorbaat. Dankzij de ambivalentie van het bezitsbegrip, half feit, half recht, zijn deze ontwikkelingen zeker versoepeld (verschaffing van bezit kan, anders dan feitelijke overgave, langs puur contractuele weg plaatsvinden), maar ook is zo de façade van het traditiestelsel overeind gebleven toen in werkelijkheid het systeem van levering reeds lang als contractueel kon worden bestempeld.

De contractualisering van de eigendomsoverdracht heeft overgangsvormen geschapen, figuren die het midden houden tussen eigendom en verbintenis. In Hoofdstuk Twee worden er enige besproken. Wat indien ter gelegenheid van een eigendomsvoorbehoud is overeengekomen, dat de verkrijger bevoegd zal zijn de zaken te vervreemden ‘overeenkomstig zijn normale bedrijf’? Wat is de positie van de verkrijger aan wie bij voorbaat een zaak is geleverd, die bij de vervreemder arriveert *na* het uitspreken van diens faillissement? Wat indien zich onder de *failliet niet* geïndividualiseerde zaken bevinden

die reeds bij voorbaat aan verschillende verkrijgers waren overgedragen?

In Hoofdstuk Drie wordt het voorgaande geconfronteerd met de regeling van de eigendomsoverdracht van roerende zaken in het Nieuw Burgerlijk Wetboek. De kern van de nieuwe regeling is gelegen in het vereiste van bezitsverschaffing. Over de eis van een zakelijke overeenkomst wordt niet gesproken. De slotsom van deze confrontatie zal blijken: de zakelijke overeenkomst erin, het vereiste van bezitsverschaffing eruit.

Tussen eigendom en verbintenis; het tweede deel is gewijd aan de positie van overgangsvormen in het privaatrecht. Van belang in dit verband is een interessante ontwikkeling met betrekking tot de status van de algemene begrippen van het burgerlijke recht. De richting van deze tendens, die juist de opvang van overgangsvormen ten doel heeft, is onmiskenbaar: van classificatie naar typologie.

DEEL I

Traditionalisme versus consensualisme

Er zijn vragen die de ontwikkelingsgang van het privaatrecht met grote hardnekkigheid blijven achtervolgen. Hoe wordt eigendom van roerende zaken overgedragen? Door overgave (*traditionibus*) of door wilsovereenstemming (*nudis pactis*)?¹ Deze vraag verdeelt de Europese rechtsstelsels in twee kampen: traditionalisme versus consensualisme.²

Bij de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek van 1838 is weloverwogen partij gekozen. Met het Franse stelsel van eigendomsverkrijging '*par l'effet des obligations*' werd abrupt gebroken ten gunste van een terugkeer tot 'de ware beginselen des Romeinschen regts'.³ 'De levering van roerende zaken, onligchamelijke uitgezonderd, geschiedt door enkele overgave', aldus art.667. Er is alle reden dit alternatief: overgave of wilsovereenstemming, thans, aan de vooravond van de invoering van een Nieuw Burgerlijk Wetboek, wederom onder ogen te zien. Niet om opnieuw te kiezen tussen het stelsel van de Code Civil uit 1804 (eigendomsovergang door het totstandkomen van de koopovereenkomst) of de Codexbepaling uit 293 na Chr. (eigendomsovergang door overgave). In deze vorm is de vraagstelling gedateerd. Aan een nieuwe 'terugkeer' in de geschiedenis, ditmaal naar Napoleontische tijden, is niet de minste behoefte.

Wat wel zin heeft, is een herijking van de *rechtsbegin-*

¹. Vgl. Codex 2, 3, 20. *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.*

². Traditionalistische landen zijn bijvoorbeeld Duitsland, Zwitserland en Nederland. In het consensualistische

kamp bevinden zich onder andere Frankrijk, België, Italië en Engeland.

³. Vgl. C. Asser, lid en secretaris der commissie van redactie der nationale wetgeving, Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon 1838, blz. 258 e.v.

selen die aan beide stelsels (traditionalisme en consensualisme) ten grondslag liggen. Rechtsbeginselen beschikken over een grote flexibiliteit. Verandert de sociaal-economische inrichting van de samenleving, dan passen zij zich aan (of leggen het loodje). Bovendien zoeken zij evenwicht. Het vinden van een redelijk evenwicht tussen het *nemo plus* beginsel en het vertrouwensbeginsel is het doel waarop de rechtsvorming rondom het thema eigendomsverkrijging *a non domino* is gericht. Dat evenwicht ligt in een kleinschalige agrarische economie op een ander punt dan in een industriële samenleving waar de commerciële contacten hoofdzakelijk via de telex verlopen. Dit geldt ook voor de beginselen die ten grondslag liggen aan het alternatief: overgave of wilsovereenstemming als leveringsvorm bij roerende zaken. Het is heel wel mogelijk, dat het evenwicht tussen die beginselen anno 1980 elders ligt dan bij vorige peildata: de jaren 293 (Codex), 1804 (Code Civil) en 1838 (Burgerlijk Wetboek).

Een derde weg

De geschiedenis van het privaatrecht is op het terrein van de eigendomsoverdracht van roerende zaken, op grond van een koopovereenkomst, nog een derde weg ingeslagen. De eigendom gaat over, niet door wilsovereenstemming of overgave van de zaak, maar door *betaling van de koopprijs*. Gedurende lange perioden heeft de zogeheten 'prijsbetalingsregel' het Europese rechtstoneel beheerst.¹ Aldus ook onder het Oude Vaderlandse Recht:

¹. Vgl. R.Feenstra, Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht, no.119 e.v.

'Doch wat levering aangaet die op koop volgt van tilbaer goed, staet te letten dat daer mede den eigendom niet over en gaet, 't en zy den kooper de kooppenning heeft betaelt, . . .'¹

Eigendomsovergang door betaling van de koopprijs. Zoals zal blijken, een spoor dat nog geenszins is uitgewist.

Beginselen

Op welke beginselen berusten de drie systemen? Ten aanzien van het consensuele stelsel is dat zonder twijfel in de eerste plaats het autonomiebeginsel.

'Le transfert de la propriété par le seul consentement a paru un progrès juridique certain. Il marque un triomphe de l'autonomie de la volonté sur le formalisme juridique'²

De rechtvaardiging van het traditiestelsel moet allereerst worden gezocht in het publiciteitsbeginsel:

'Ter verhooging van de zekerheid van den eigendom is de overdracht en de bezwaring van goederen aan een openbare handeling gebonden (. . .). Ten aanzien van roerend goed acht zij (de wet), ter verzekering van die openbaarheid, een materiële handeling, een feitelijke overgifte voldoende.'³

Tenslotte het prijsbetalingsstelsel. Het fundament hier van wordt gevormd door een beginsel dat kan worden aangemerkt als een van de krachtigste drijfveren van het privaatrechtelijke verkeer: voor wat, hoort wat (het quid pro quobeginsel). De verkoper is bereid de eigendom over te dragen *in ruil voor* de koopprijs. Er bestaat een natuurlijke afhankelijkheid tussen enerzijds de eigendomsoverdracht en anderzijds de betaling van de koop

¹. H.de Groot, Inleidinge tot de Hollandse Rechts-Geleerdheid, II, 5, 14.

². Planiol/Ripert/Picard, *Traité de droit*

de droit civil Français III no. 625.

³. J.Ph.Suyling, Inleiding tot het burgerlijk recht V, no. 87

prijs. Het prijsbetalingsstelsel honoreert deze band door de eigendomsovergang afhankelijk te stellen van de betaling van de koopprijs. Voor wat, hoort wat; niets voor niets.

Drie systemen van eigendomsoverdracht (wilsovereenstemming, overgave van de zaak, betaling van de koopprijs), drie beginselen (autonomie, publiciteit, quid pro quo). Aldus zijn de contrasten zeker te zwaar aangezet.

Door het Franse systeem exclusief te associëren met het autonomiebeginsel, en het Nederlandse stelsel te identificeren met het publiciteitsbeginsel, wordt de evenwichtzoekende kracht van rechtsbeginselen onderschat. Ook in het Franse recht komt het publiciteitsbeginsel aan bod. Met name in art. 1141 C.C.:

'Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi.'

Aan een overdracht die is gepaard gegaan met feitelijke overgave (publiciteit) wordt een sterkere werking toegekend dan aan een levering die louter consensueel is verlopen.

Omgekeerd is in het Nederlandse recht, ter zake van de eigendomsoverdracht van roerende zaken, het autonomiebeginsel in opmars. Het is vooral Bregstein die deze ontwikkeling heeft gesignaleerd:

'We concluderen dus, dat de afspraak tussen de verkoper en de koper op elk door hen gewild moment het bezit en daarmee de eigendom kan doen overgaan, *mits de verkoper bezitter der goederen zij*.¹ (. . .) Ook ten

¹. Gezien de recente rechtspraak van de Hoge Raad (HR 27 april 1979, RvdW 1979, 67) behoeft zelfs dit voor-

behoud (de overdrager is bezitter) niet meer te worden gemaakt.

aanzien van de eigendomsoverdracht is er dus grote vrijheid; *voor de gevallen, waar het in de praktijk om gaat: absolute vrijheid.*¹

Ook het *quid pro quo*-beginsel is nog steeds present. Zo, wel in het Franse als in het Nederlandse recht zijn onmiskenbare sporen aanwezig van de aloude regel dat de eigendom overgaat door betaling van de koopprijs. Het recht van reclame, de bevoegdheid van de verkoper om de nog onbetaalde zaak via een revindicatoir beslag terug te vorderen en aan een eventueel faillissement van de koper te onttrekken,² is een uitloper van het stelsel dat de overgang van de eigendom afhankelijk is van de betaling van de koopprijs.³

Bovendien zijn in de praktijk van het privaatrechtelijk verkeer nog twee figuren tot ontwikkeling gekomen, die slechts zijn te begrijpen tegen de achtergrond van het *quid pro quo*-beginsel: het eigendomsvoorbehoud en zijn spiegelbeeld, de overdracht van toekomstige zaken. Bij het eigendomsvoorbehoud is het de *verkoper* die wel bereid is de zaak terstond af te staan, maar de eigendom pas uit handen wil geven indien hem de koopprijs wordt betaald.

In geval van overdracht van toekomstige zaken is de *koper* bereid zaken die hij nog niet heeft ontvangen reeds bij voorbaat te betalen, maar alleen als die zaken hem eveneens bij voorbaat worden overgedragen. Beide rechtsfiguren vinden een—nog nader te bespreken—wettelijke grondslag in het Nieuw Burgerlijk Wetboek.⁴

¹. M.H. Bregstein, *Verzameld Werk*, blz. 93.

². art. 1191 BW, art. 230 K; zie voor het Franse recht art. 2102 C.c.

³. Vgl. Asser/Van Oven, *Zakenrecht* III, blz. 40.

⁴. art. 3.4.2.5b en art. 3.4.2.10

Het uitgangspunt van de Nederlandse wetgever, levering door overgave van de zaak, wordt in toenemende mate ondergraven door een onmiskenbare ontwikkeling: de *contractualisering* van de eigendomsoverdracht. Een contractualisering bovendien die met name is geïnspireerd door de wens van partijen om de eigendomsoverdracht en de betaling van de koopprijs te laten samen vallen, ook al geschiedt de feitelijke overgave van de zaak eerder (eigendomsvoorbehoud) of juist later (overdracht bij voorbaat). Alvorens na te gaan welke factoren verantwoordelijk zijn voor deze terreinwinst van het autonomiebeginsel en het quid pro quobeginsel, eerst nog dit: waarin is de werfkracht van het publiciteitsbeginsel gelegen? Wat zijn de voordelen van een strak volgehouden traditiestelsel (eigendomsoverdracht door middel van overgave van de zaak)?

De anatomie van het eigendomsrecht

Wat is het verschil tussen 'een boek overhandigen' en 'een boek in eigendom overdragen'? Hier gaapt een kloof tussen twee werelden. 'Een boek overhandigen' behoort tot de wereld van de feiten. Het is een *fysieke* handeling die zich voltrekt door middel van een reeks spiercontracties. 'Een boek in eigendom overdragen' behoort daarentegen tot de wereld van het recht. Het is een *rechtshandeling* die tot stand komt doordat bepaalde geldigheidsvoorwaarden worden vervuld. Dit laatste sluit uiteraard niet uit, dat een fysieke handeling, de feitelijke overgave, tot één van de geldigheidsvoorwaarden wordt geproclameerd, maar dit vloeit niet noodzakelijkerwijs voort uit de aard van de handeling. Een zinvolle vraag blijft daarom wat daarvan de voor- en nadelen zijn.

Om deze te kunnen afwegen is het noodzakelijk onder ogen te zien welke problemen worden opgeroepen door de eigendomsoverdracht van roerende zaken.

De aard van het object dat wordt overgedragen bepaalt mede de wijze waarop dat het beste kan gebeuren. Zo in het feitelijke vlak: een statenbijbel vergt andere spierbewegingen dan een krant. Zo ook op juridisch niveau: de eigendom van een huis vraagt om een andere wijze van overdracht dan de eigendom van een boek.

Hoe zit de eigendom van een boek in elkaar? Het eigendomsrecht heeft een scherp *tweeledig* profiel. Eigendom is *tegelijk* een rechtsbetrekking tussen een persoon en een zaak, en tussen een persoon en andere personen (de rest van de wereld):

'In den eigendom zijn dus de betrekkingen "persoon-zaak" en "persoon-andere personen" wel te onderscheiden, maar niet te scheiden, zij vormen een eenheid. . . .'¹

Eigendom van een boek is *tegelijk* een door het recht beschermde betrekking tot dat boek (Ik *kan* niet alleen aantekeningen plaatsen in *mijn* boek, ik *mag* dat ook) *en* een rechtsbetrekking tot anderen (zij hebben zich te onthouden van dergelijke activiteiten).

Vaak is deze tweeledige structuur van het eigendomsrecht bestreden met het argument dat rechtsbetrekkingen uit hun aard slechts mogelijk zijn tussen *personen* en dat daarom het beeld van een rechtsbetrekking tot een *zaak* bij enig doordenken bezwijkt aan eigen absurditeit. In deze visie wordt eigendom gereduceerd tot de andere primaire rechtsbetrekking van het privaatrecht: de verbintenis. Eigendom als een bundel verbintenissen (om

¹. J.Eggens, Over de verhouding van eigendom en verbintenis, Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie

van wetenschappen, afd. letterkunde, nieuwe reeks, deel 23 no 7, blz. 188.

niet te doen) met één crediteur (de eigenaar) en ontelbare debiteuren (de overigen). In werkelijkheid is dit reductionisme (eigendom is een bundel negatieve verbintenissen) volstrekt onvruchtbaar. Zeker is waar dat het recht een pluraliteit van rechtssubjecten veronderstelt. De eerste noch de laatste mens op aarde kan, bij gebreke van anderen een eigendomsrecht verwerven. Maar het miskent de rol van het rechtsobject in een rechtsbetrekking. Toedeling van de, naar menselijke begeerte gemeten, schaarse rijkdommen van deze aarde is een van de belangrijkste taken van het recht. Een rechtsbetrekking is steeds een relatie tussen ten minste twee subjecten, maar vaak tevens een subject-object relatie. In ieder geval is dat zo ten aanzien van het eigendomsrecht. Duidelijk komt deze tweeledige structuur tot uitdrukking in de omschrijving van het eigendomsrecht in het Nieuw Burgerlijk Wetboek (5.1.1. en 5.1.3.):

‘Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben.’ (subject-object). ‘De *eigenaar* behoeft niet te dulden dat een ander op enige wijze van de zaak gebruik maakt. . .’ (persoon andere personen).

Hoe zit de eigendom van een boek in elkaar? In ieder geval zijn daaraan twee kanten te onderscheiden. Eigendom van een boek is een rechtsbetrekking tussen de eigenaar en derden (bruikleners, dieven, vindere e.d.). Maar het eigendomsrecht is tegelijk een rechtsbetrekking tussen de eigenaar en de zaak. In het eigendomsrecht van een boek speelt het boek een onmisbare rol. Zonder boek geen eigendom van een boek. Dit is allerm minst een vanzelfsprekende en vrijblijvende observatie. Twee structurele verschillen tussen eigendom en verbintenis vloeien daar rechtstreeks uit voort. De constatering dat in het eigendomsrecht van een boek, het boek een sine qua non rol vervult, sluit uit enerzijds de eigendom van toekomst

stige boeken (bijvoorbeeld boeken die nog moeten verschenen) en anderzijds de eigendom van uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde boeken (bijvoorbeeld drie exemplaren Asser-Scholten, Algemeen Deel, zonder dat valt uit te maken om welke exemplaren het gaat). Verbintenismatige aanspraken ten aanzien van boeken die nog gedrukt moeten worden of slechts naar soort en hoeveelheid zijn bepaald, zijn daarentegen heel goed mogelijk en komen in de praktijk regelmatig voor.

Drie doelen

Deze kleine fenomenologie van de eigendom van een boek is niet slechts van leerstellig belang. In het eigendomsrecht stuiten we op een 'grondvorm'¹ van het recht. Grondvormen als persoon, subjectief recht en rechtsplicht zijn geen positiefrechtelijke begrippen met een hoge abstractiegraad, het zijn geen producten van het positieve recht, maar zij gaan aan het positieve recht vóór. Zij vormen de blauwdruk van het recht. Bij het ontwerpen van geldend recht fungeren zij als oriëntatiepunten. Dit betekent niet dat maar één regeling mogelijk is, wel dat sommige regelingen ieder fundament missen. Een rechtstelsel kan heel wel de productiemiddelen uitsluiten als voorwerp van particuliere eigendom, maar een door de wetgever geproclameerde reductie van de eigendom tot een bundel verbintenissen is gedoemd een slag in de lucht te blijven.

Bij iedere regeling van de eigendomsoverdracht moet rekening worden gehouden met de vorm van het voor-

¹. Vgl. P. Scholten, Algemeen Deel, blz 54 e v.

werp dat wordt overgedragen: het eigendomsrecht. De tweeledige anatomie van de eigendom stelt haar eisen. Eigendom is een rechtsbetrekking tot andere personen. Een regeling van de eigendomsoverdracht dient erop te zijn gericht dat de verkrijger in staat wordt gesteld zich jegens derden als eigenaar te *legitimeren*.

Eigendom is een rechtsbetrekking tot een zaak. Het is nodig de overgedragen zaak te *individualiseren*. Op welke zaken heeft de overdracht betrekking?

Bij de regeling van de eigendomsoverdracht dient nog een derde uitgangspunt in het oog te worden gehouden. Ook dit vloeit rechtstreeks voort uit de aard van het voorwerp van overdracht: de eigendom. Verbintenis en eigendom hebben elk een eigen, onherleidbaar karakter. Duidelijk treedt dit naar voren in de grote lakmoesproef van het privaatrecht: het faillissement. Een verbintenis tot levering van een zaak gaat in geval van faillissement onvermijdelijk door de mangel van de verificatieprocedure (art. 26 F). Een eigendomsrecht op zaken die zich onder de failliet bevinden, verschaft de rechthebbende daar, entegen een aanzienlijk comfortabeler positie. Hij kan zijn eigendom revindiceren en blijft buiten de afwikkeling van het faillissement. Dit fundamentele verschil tussen verbintenis en eigendom heeft belangrijke consequenties voor de regeling van de eigendomsoverdracht. Kern van iedere eigendomsoverdracht is immers het tot stand brengen van een ingrijpende metamorfose. De rechtspositie van de verkrijger ondergaat een kwalitatieve omslag. Van schuldeiser wordt hij eigenaar. Nu heeft het faillissement tot gevolg dat een dergelijke rechtsovergang wordt geblokkeerd. Vanaf de dag der faillietverklaring is het vorderingsrecht van de verkrijger in die staat gefixeerd, op dat moment wordt de voorgenomen groei tot eigendom in de kiem gesmoord. Naast legitimatie van de verkrijger en individualisering van de zaak dient een derde

doel zich aan. Bij de regeling van de eigendomsoverdracht moet worden gestreefd naar een zo scherp mogelijke *markering van het tijdstip* waarop de verbintenisrechtelijke aanspraak van de verkrijger wordt omgezet in eigendom.

In het licht van deze uitgangspunten, zijn de voordelen verbonden aan een strak volgehouden traditiestelsel (eigendomsoverdracht door feitelijke overgave) evident. Door een eenvoudige fysieke handeling worden de drie doelen zonder omhaal gerealiseerd. Een handeling bovendien die toch al, ook los van de verplichting tot eigendomsoverdracht werd gevorderd door de contractuele relatie. Als het recht twee vliegen in één klap kan slaan, moet die kans niet worden verzuimd. Door feitelijke overgave wordt de verkrijger jegens derden gelegitimeerd, wordt de overgedragen zaak geïndividualiseerd, en wordt het tijdstip waarop de verbintenis tot levering wordt omgezet in een eigendomsrecht, scherp gemarkeerd.

Legitimatie

Eigendom is een recht jegens derden. De verkrijger moet als opvolgend eigenaar in staat worden gesteld zich jegens die derden te legitimeren. De oudste vormen van eigendomsoverdracht weerspiegelen deze legitimerende functie van de overdrachtsprocedure. De *mancipatio*, bij uitstek de leveringsvorm van het Romeinse *ius civile*, diende oorspronkelijk met name ter regeling van het verweer tegen aanspraken van derden. Door zijn zwijgende aanwezigheid 'legitimeert' de vervreemder ten overstaan van vijf getuigen (*publiciteit*) de eigendomspretentie (bijvoorbeeld: *hunc ego hominem meum esse aio*) van de verkrijger. Later is deze legitimerende functie overgenomen door de feitelijke overgave van de zaak. Feitelijke

macht schept het vermoeden van eigendom. Dit via een opstapje. Feitelijke macht geeft het vermoeden van bezit (art.3.5.3 NBW) en vervolgens geeft bezit een vermoeden van eigendom (art.3.5.13 lid 1 NBW). Door feitelijke overgave van de zaak stelt de vervreemder de verkrijger in staat zich jegens derden te legitimeren als eigenaar.

Individualisering

Eigendom is een rechtsbetrekking tot een zaak. Aan de overdracht moet als eis worden gesteld dat de overgedragen zaak wordt geïndividualiseerd. Eigendom van uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken is niet mogelijk. Kan ik eigenaar zijn van twee kilo suiker? Ja en nee. Zeker ben ik eigenaar van de suiker in de twee pakken die in de keukenkast staan. Mijn rechtsbetrekking tot deze voorraad suiker is in voldoende mate geïndividualiseerd. Maar ik kan geen eigenaar zijn van twee kilo suiker zonder dat op enigerlei wijze valt uit te maken op *welke* suiker mijn eigendomsrecht betrekking heeft, bijvoorbeeld omdat deze zich nog bevindt in de algemene voorraad van de kruidenier.

Dit heeft consequenties voor de eigendomsoverdracht van twee kilo suiker. Zolang de levering gepaard gaat met feitelijke overgave is er geen probleem: door de feitelijke overgave is de overgedragen hoeveelheid suiker uiteraard voldoende geïndividualiseerd. Anders wordt dit als de levering geschiedt door enkele overeenkomst. De verklaring van de vervreemder dat hij twee kilo suiker overdraagt is niet voldoende om de rechtsbetrekking van de verkrijger tot 'zijn' suiker te individualiseren. In dat geval zijn bovendien maatregelen vereist om uit te kunnen maken op welke twee kilo de verklaring betrekking heeft. Indien kruidenier en klant prijs zouden stel-

len op levering van twee kilo suiker enkel door een zakelijke overeenkomst, zonder feitelijke overgave, is nodig dat de bestelde suiker voor de klant apart wordt gezet. Dergelijke problemen met betrekking tot de individualisering van de overgedragen zaak, rijzen onvermijdelijk zodra het traditiestelsel wordt losgelaten. Het Franse recht is er om dit te bewijzen.

Naar Frans recht heeft de koopovereenkomst een dubbel karakter: zij is *obligatoire en zakelijke overeenkomst* tegelijk.¹ De koopovereenkomst is niet slechts 'productif d'obligations', maar tevens 'translatif de propriété'.² Bij het toekennen van 'eigendomsoverdragende' kracht aan de koopovereenkomst, wordt het Franse recht uiteraard beperkt door de typische structuur van het eigendomsrecht: rechtsbetrekking tot een zaak. Koop van uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken, heeft ook naar Frans recht geen onmiddellijke eigendomsovergang tot gevolg. Niet door de wilsovereenstemming maar pas door individualisatie gaat in dat geval de eigendom op de koper over. Eigendomsoverdracht door feitelijke overgave heeft in ieder geval dit voordeel: de individualisering van de overgedragen zaak verloopt probleemloos.

Markering van het tijdstip waarop de verbintenis wordt omgezet in eigendom

Het vorderingsrecht van de verkrijger moet door middel van de levering worden omgezet in eigendom. Ten gevolge van de fixerende werking van het *faillissement* is bovendien van groot belang of deze kwalitatieve omslag al

¹ Vgl J C Schultsz, Eigendomsverkriging, bij koop van roerende goederen in het Westeuropees internationaal privaatrecht, 's-Gravenhage 1955, blz 58. 'Sedert de invoering van het begrip "zakelijke overeenkomst" kan

men echter evenzeer aldus formuleren, dat in Frankrijk aan de wilsovereenstemming dubbele betekenis toekomt: obligatoire en zakelijke overeenkomst'

² Planiol/Ripert/Picard (3) no 618

dan niet heeft plaatsgevonden vóór de dag van faillietverklaring. Ruim voldoende duidelijkheid omtrent het tijdstip van deze conversie wordt uiteraard verkregen wanneer men de eigendomsovergang op exclusieve wijze koppelt aan de feitelijke overgave van de zaak. Anders wordt dit als leveringsvormen tot ontwikkeling komen waarbij de verschillende momenten in de overdracht in tijd uiteenvallen. Met name wanneer het tot stand komen van de zakelijke overeenkomst in tijd vooraf gaat aan het moment van eigendomsovergang. Zo bijvoorbeeld bij de levering onder *eigendomsvoorbehoud*, waarbij de eigendomsovergang afhankelijk wordt gesteld van de betaling van de koopprijs. In deze gevallen rijst het probleem: hoe *zakelijk* is hier de zakelijke overeenkomst? Wat is bijvoorbeeld het onmiddellijke effect van een levering onder eigendomsvoorbehoud? Welke status heeft het recht van verkrijger in de periode *na* de levering, maar *voor* de betaling van de koopprijs?

Stringente handhaving van de tweedeling: verbintenis/eigendom, heeft tot gevolg dat deze tussenfase moet worden gekwalificeerd als obligatoir, aangezien de verkrijger pas door betaling van de koopprijs eigendom verworft. Maar dit leidt onvermijdelijk tot degradatie van de 'levering' onder eigendomsvoorbehoud tot een louter verbintenis-scheppend gebeuren. De 'zakelijke' overeenkomst van levering heeft in dat geval slechts tot gevolg dat de verkrijger een obligatoire aanspraak verworft, met als consequentie dat hij bij een eventueel faillissement van de vervreemder genoeg moet nemen met de positie van concurrent schuldeiser.¹ Zou men daarentegen avontuurlijker paden willen inslaan door het recht van de

¹ Althans indien de curator verkiest de overeenkomst niet gestand te doen
Zie art 37F

verkrijger te bestempelen als 'iets, dat het midden houdt tussen persoonlijk en zakelijk recht'¹ dan rijst onafwijsbaar het probleem hoe een dergelijke overgangsfiguur binnen te loodsen in het stelsel van ons recht. En belangrijker: wat zijn daarvan de praktische gevolgen? Het slot van ons betoog zal aan deze vragen zijn gewijd. Maar één ding is thans reeds duidelijk: het systeem van eigendomsoverdracht door feitelijke overgave heeft het voordeel van de eenvoud. Aldus wordt de gedaantewisseling die de verkrijger ondergaat (van schuldeiser tot eigenaar) scherp afgebakend in de tijd en worden lastige vragen van 'overgangsrecht' vermeden.

Uit de ban van hier en nu

Tegenover de voordelen van feitelijke overgave als leveringsvorm staat één nadeel. Het vereiste van feitelijke overgave plaatst de eigendomsoverdracht van roerende zaken onder de dictatuur van hier en nu. Het veronderstelt de *aanwezigheid* van de zaak in *ruimte en tijd*. Wanneer de zaak zich buiten handbereik bevindt of nog in de schoot der toekomst ligt geborgen, ontstaan moeilijkheden. Kan ik 12.000 dozen ingevroren kersen die per schip onderweg zijn van Genua naar Rotterdam in Utrecht in eigendom overdragen? Is reeds thans levering mogelijk van 12.000 dozen kersen uit de oogst van volgend jaar? Vragen die de praktijk van het handelsverkeer aan de rechtswetenschap stelt. Kan de barrière van ruimte en tijd worden doorbroken?

Dit kan inderdaad, maar alleen via een proces van

¹. A.R.de Bruijn, R.M. Themis 1948, blz.361 e.v.

contractualisering van de eigendomsoverdracht. Met behulp van een rechtshandeling, een zakelijke overeenkomst, kan ik een doos kersen géén millimeter van zijn plaats krijgen, daarvoor is een fysieke handeling nodig. Omgekeerd: kersen in Italië of uit de oogst van volgend jaar kan ik hier en nu niet *overhandigen*, wel kunnen zij het onderwerp vormen van een rechtshandeling. De wetten van tijd en ruimte hebben in de wereld van het recht hun onverbiddelijkheid verloren. Tegen de fysiek onomkeerbare gang van toekomst, heden en verleden brengt het recht zijn anticiperende en terugwerkende kracht in stelling. Rechtshandelingen kunnen bovendien rechtsgevolgen teweeg brengen ten aanzien van personen en zaken die daarbij fysiek in het geheel niet aanwezig waren. Uit de ban van hier en nu. Contractualisering van de eigendomsoverdracht vormt de sleutel hiertoe. Dit proces verloopt in twee fasen.

De eerste stap wordt gezet als de levering niet langer wordt gezien als uitsluitend een feitelijke handeling (overgave), maar tevens als een tweezijdige *rechtshandeling*, een zakelijke overeenkomst. Zo eist het Duitse burgerlijk wetboek voor de overdracht van roerende zaken niet alleen 'Übergabe', maar daarnaast 'Einigung'. De eigendomsovergang is afhankelijk van de toestemming van zowel vervreemder als verkrijger.¹ In het Nederlandse recht is het niet anders. 'De kern van de overdracht wordt gevormd door de overeenkomst van overdracht. De vervreemder verklaart daarin aan den verkrijger, die deze verklaring aanneemt, den eigendom van een individueel bepaald goed over te dragen'.²

¹. paragraaf 929 BGB

². Suyling, Zakenrecht, no 244

De tweede fase treedt in wanneer wordt aanvaard, dat de zakelijke overeenkomst niet slechts noodzakelijk, maar in sommige gevallen tevens voldoende is om eigendomsovergang te bewerken. Levering door middel van 'een tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling'. Het proces van contractualisering van de eigendoms-overdracht is voltooid.

Overigens betekent dit niet, dat we aldus in het andere uiterste zijn vervallen: een zuiver consensueel stelsel. Eigendomsoverdracht met behulp van een zakelijke overeenkomst zonder feitelijke handeling, wil niet zeggen dat de eigendomsovergang berust op de enkele consensus van partijen. Evenmin als de verbindende kracht van een obligatoire overeenkomst louter voortvloeit uit de wils-overeenstemming van de betrokkenen¹, is de effectiviteit van de zakelijke overeenkomst uitsluitend gebaseerd op enkel en alleen de wil van vervreemder en verkrijger. Het intreden van het beoogde rechtsgevolg (eigendoms-overgang) is mede afhankelijk van de structuur van het eigendomsrecht.

Legitimatie van de verkrijger jegens derden en individualisering van de overgedragen zaak. Beide doelen vloeien voort uit de anatomie van het eigendomsrecht (recht jegens derden en recht op een zaak). Bij het loslaten van het vereiste van feitelijke overgave ten gunste van de contractualisering van de levering vragen beide doelen om nieuwe middelen. Het privaatrecht moet nieuwe antwoorden verzinnen.

Door de feitelijke overgave van de zaak stelt de vervreemder de verkrijger in staat zich jegens derden te le-

¹. Daarnaast is bijvoorbeeld een 'oorzaak' vereist.

gitimeren als eigenaar. Kan het ook anders? Bijvoorbeeld wanneer dit middel niet te pas komt omdat het gaat om 12.000 dozen kersen per schip onderweg van Genua naar Rotterdam? De opkomst van de '*legitimatiepapieren*' vormt het antwoord op dit probleem. Overgave van een cognossement heeft tot gevolg dat de verkrijger is gelegitimeerd als eigenaar van de in het cognossement aangeduide kersen ook jegens degeen in wiens feitelijke macht die kersen zich bevinden (de vervoerder).¹

Overdracht van 12.000 dozen kersen uit de oogst van volgend jaar. Feitelijke overgave is niet mogelijk. De natuur biedt hier met succes verzet. Maar eigendomsoverdracht door middel van een overeenkomst, kan dat wellicht slagen? Of stuit dit af op de individualiseringseis? Eigendom van slechts naar soort en hoeveelheid bepaalde kersen is onmogelijk. Lijdt de overdracht van toekomstige zaken schipbreuk wanneer het niet mogelijk is die zaken bij voorbaat te individualiseren? Betekent dit, dat de verkrijger in dat geval aan de '*levering*' bij voorbaat slechts een *verbintenisrechtelijke* aanspraak ontleent? Deze uitdaging bleef nog onbeantwoord. In het vervolg van ons betoog zullen we de handschoen opnemen (blz. 64 e.v.).

Eigendomsoverdracht door 'tweezijdige verklaring zonder feitelijke handelingen'.

Een ding is zeker: miljoenen malen per dag gaat de eigendom van roerende zaken over op het moment van de feitelijke overgave. Levensmiddelen, kleding, boeken worden in de winkel aan de koper meegegeven, en op dat

¹. Vgl. J. L. P. Cahen, Het cognossement, proefschrift Universiteit van Amsterdam 1964, Arnhem 1964, blz. 33.

moment wordt hij eigenaar. Zo is het en zo zal het blijven. Maar daarnaast bloeit de eigendomsoverdracht door 'tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling'. Eveneens dagelijks vinden transacties plaats als de verkoop van 12.000 dozen ingevroren kersen, 25.000 ton uien, 127 ton platen ijzer. Een losse greep uit de gevallen, vermeld in een jaargang van het tijdschrift *Schip en Schade*, waarbij de eigendom werd overgedragen met behulp van een *cognossement*, een vorm van levering onder een derde. Ook de overdracht onder eigendomsvoorbehoud is een alledaags verschijnsel. De eigendom gaat over op het moment dat de koopprijs wordt betaald. De heersende leer ziet hierin een levering *brevi manu*. Tenslotte het spiegelbeeld van het eigendomsvoorbehoud: de levering bij voorbaat. Aanbesteders plegen zich de voor het werk bestemde materialen bij voorbaat te laten overdragen, nog vóór zij door de aannemer zijn gekocht en verkregen. Naast de troffel en de betonmolen heeft aldus het *constitutum possessorium* zich een vaste plaats in de bouwwereld veroverd.

De drie standaardversies van de overdracht door tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling: het *constitutum possessorium*, de levering *brevi manu* en de levering onder een derde zijn geenszins relikwieën, uitsluitend bestemd voor de academische eredienst, maar vormen, integendeel, de spil van hoogst belangrijke sectoren van het rechtsverkeer in roerende zaken. Handelskoop (*cognossementen* en *celen*), bescherming van leverancierskrediet (eigendomsvoorbehoud) en verhoogde zekerheid voor opdrachtgevers (levering bij voorbaat) zijn de voornaamste impulsen voor de contractualisering van de eigendomsoverdracht. Verbreking van de ban van hier en nu is hierbij het motief. *Cognossementen* en *celen* verschaffen aan het handelsverkeer een ongekende ruimtelijke dynamiek. Zonder dat de zaken hiervoor van hun

plaats behoeven te komen, kan de eigendom ervan naar alle hoeken van de wereld worden overgedragen. Eigendomsvoorbehoud en levering bij voorbaat doorbreken de tijdsbarrière. In het eerste geval wordt het tijdstip van eigendomsovergang uitgesteld, in het tweede wordt juist op de toekomst een voorschot genomen en wordt de levering geanticipeerd. Dat het Nieuw Burgerlijk Wetboek de mogelijkheid opent tot contractuele eigendoms-overdracht, tot levering door 'tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling' is, gezien deze impulsen uit de praktijk, volkomen terecht.

Bijzonder onjuist is daarentegen de plaats waar de regeling is terechtgekomen: de titel van bezit en houderschap. De levering door tweezijdige verklaring is opgezet als een zakelijke overeenkomst die strekt tot overdracht van *bezit* (art. 3.5.9). Een weeffout met een belangwekkende voorgeschiedenis.

Een geniaal compromis

De eerste drukletters waren een getrouwe nabootsing van het handschrift. De eerste auto's zagen eruit als onbespannen rijtuigen. Het nieuwe hult zich in de vertrouwde vormen van het oude, en wordt zo gemakkelijker geaccepteerd. Later worden die vormen gestroomlijnd en aangepast aan de inhoudelijke veranderingen die zijn opgetreden.

Wat is het uiterlijk van een contractuele eigendoms-overdracht, een levering door tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling, zoals bijvoorbeeld het *constitutum possessorium*? De naam zegt het al, een dergelijke levering is gegoten in de vorm van een *overdracht van het bezit*. Een geniaal compromis. De weg naar de contractualisering van de eigendomsoverdracht ligt open zonder dat de vertrouwde coulissen van het traditiestelsel gewis-

seld behoeven te worden. Een op het oog onbetekenende plastisch/chirurgische ingreep is voldoende. 'Enkele overgave' in art.667 moet worden geretoucheerd tot 'bezitsoverdracht'.

Een kleine ingreep met een enorm rendement. Terwijl feitelijke overgave alleen mogelijk is met betrekking tot zaken die hier en nu aanwezig zijn, vervalt deze beperking ten aanzien van de overdracht van het bezit. Bezitsoverdracht is vatbaar voor contractualisering en daarmee onttrokken aan de wetten van ruimte en tijd, zoals die gelden in de wereld der feiten. Dat dit zo is, vloeit voort uit het hybride karakter van bezit: aan de ene kant behoort het tot de wereld der feiten en aan de andere kant vertoont het zich als een recht, en is het in die hoedanigheid rijp voor contractualisering. Deze tweeslachtige geaardheid van het bezit maakt het tot een ideale bemiddelaar tussen de beide leveringsstelsels: traditionalisme en consensualisme. De contractualisering van de eigendomsoverdracht is verlopen via de contractualisering van de bezitsverschaffing. Hiervoor was vereist dat 'bezit' en 'bezitsverschaffing' in volle omvang de wereld van het recht werden binnengeloodst. Een proces dat de nodige stuurmanskunst heeft gevergd.

Uit het kabinet van Dr Celsus

Tijdens de bloeitijd van het Principaat is er in Rome aan vindingrijke juristen geen gebrek. De kroon spant ongetwijfeld Publius Iuventius Celsus. 'Eine gewisse Vorliebe für das konstruktive Gedankenspiel' kan hem zeker niet worden ontzegd.¹ Twee producten van zijn hersengym-

¹. M.Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, Göttingen 1976, blz.190

nastiek vallen ook heden ten dage nog regelmatig te bezonderen. In de eerste plaats kan Celsus worden aangemerkt als de uitvinder van het *constitutum possessorium*¹:

‘Wat ik uit eigen naam bezit kan ik uit andermans naam gaan bezitten. Immers ik verander niet voor mijzelf de oorzaak van mijn bezit, maar ik houd op te bezitten en maak een ander door mijn hulp tot bezitter’.²

De overtocht naar de wereld van het recht is op dit punt al voor de helft voltooid. Het ene been waarmee het bezit in de wereld van de feiten staat is ingetrokken. Aan de bezitsverschaffing is hier haar *corporele* element ontgenomen. Bij het *constitutum possessorium* geschiedt de bezitsovergang zonder feitelijke overgave, ‘*solo animo*’.³ De volgende stap is uiteraard de juridisering van het *animus*bestanddeel in de bezitsverschaffing. Het terugdringen van de feitelijke wil van degenen die de zaken onder zich heeft ten gunste van een normatief criterium: voor wie *behoort* hij die zaken te houden. Als deze drempel eenmaal is genomen, is de overtocht naar de wereld van het recht geheel voltooid en is de bezitsverschaffing ten volle rijp voor contractualisering.

Nog een tweede vondst staat op naam van Celsus: de samenvatting van momenten in rechtshandelingen. Twee op elkaar aansluitende rechtshandelingen worden verricht in één ondeelbaar ogenblik.⁴ Dit kunststuk maakt deel uit van de alledaagse praktijk. De klant pakt een krant uit het rek en legt onder het goedkeurend oog van de verkoper 65^⁹ cent op de toonbank. Koop en levering, twee rechtshandelingen die, juridisch gezien, in elkaars ver-

¹. De term ‘*constitutum possessorium*’ is van veel later datum (16e eeuw)

². D.41.2.18 pr. De vertaling is ontleend aan R.Feenstra en J.Th.de Smidt, *Geschiedenis van het vermogensrecht*, Tekstenboek, Deventer 1973, blz. 30.

³. Vgl. J.C.van Oven, *Leerboek van*

Romeinsch privaatrecht, Leiden 1948, blz.136.

⁴. D.24.1.3.12; Zie daarover F.Wieacker, *Die Juristische Sekunde*, Festschrift für Erik Wolf, Frankfurt am Main 1962, blz.421 e.e.

lengde liggen, worden ineengeschoven en in één onderdeelbaar moment voltrokken.

Het constitutum possessorium en de 'samenvallende momenten' zijn ieder afzonderlijk al juridische constructies die de bewondering afdwingen; welk een adembenemend schouwspel als zij worden gecombineerd.

Kunst en vliegwerk

Kan ik vandaag een zaak leveren die ik zelf pas morgen zal verkrijgen? Volgens het Nieuw Burgerlijk Wetboek (art. 3.4.2.10) is dat inderdaad mogelijk, zij het dat het van de betrokkenen enige behendigheid vergt. Feitelijke overgave is hier uiteraard uitgesloten, maar dit geldt niet voor de verschaffing van het bezit. Dankzij het proces van contractualisering is het mogelijk vandaag bezit over te dragen van een zaak die ik morgen verwerf. De beide feitelijke componenten van de bezitsverschaffing, corpus en animus, moeten daartoe uit het beeld worden verwijderd. In het Nieuw Burgerlijk Wetboek geschiedt dit door de introductie van het *geanticipeerde* constitutum possessorium. Levering van toekomstige roerende zaken vindt in de visie van het ontwerp plaats door middel van een constitutum possessorium bij voorbaat.¹ Feitelijke overgave is in dit geval niet nodig en evenmin doet ter zake of de vervreemder de zaak zodra hij deze heeft verkregen nog wel *wil* houden voor de verkrijger.²

Ook op de tweede vinding van Celsus, de samenvallende momenten, wordt door het Nieuw Burgerlijk Wetboek een beroep gedaan. De ontwerpers achten het nodig, dat

¹. Toelichting blz. 225.

². Dit is thans anders, zie HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189

de bij voorbaat overgedragen zaak *via* het vermogen van de vervreemder op de verkrijger overgaat.¹ Als de vervreemder de zaak in ontvangst neemt wordt hij eigenaar. Maar slechts voor één ondeelbaar moment. Op datzelfde tijdstip verwerft immers de verkrijger de eigendom van de bij voorbaat geleverde zaak. Het door het ontwerp voorgeschreven 'bliksembezoek' aan het vermogen van de vervreemder heeft echter onaanvaardbare consequenties voor het geval de vervreemder faillieert na de levering bij voorbaat doch vóór de ontvangst van de zaken. Aangezien de levering bij voorbaat juist met het oog op een eventueel faillissement van de vervreemder zal worden ondernomen, is er alle reden in het vervolg van het betoog (blz. 55 e.v.) hieraan aandacht te besteden en een alternatieve route te ontwerpen.

Valt dat te rijmen: handhaving van een traditiestelsel en levering van toekomstige zaken? Het Nieuw Burgerlijk Wetboek lijkt daarin geslaagd, zij het ten koste van veel kunst- en vliegwerk. Het geanticipeerde constitutum possessorium en de logische seconde (het ene ondeelbare moment dat de vervreemder eigenaar is) moesten eraan te pas komen. De vraag rijst: kan het niet met minder trapezewerk?

Door zich open te stellen voor contractualisering heeft de bezitsverschaffing de praktijk van het handelsverkeer een onschatbare dienst bewezen, maar daarmee tevens haar eigen overbodigheid aangetoond. Overdracht van het bezit door een tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling (bijvoorbeeld door een constitutum possessorium) laat het traditiestelsel slechts als façade intact; in

¹. Toelichting blz. 225

werkelijkheid geeft een dergelijke levering uitdrukking aan het consensualisme.¹ Een louter contractuele bezitsverschaffing is als voorwaarde voor eigendomsoverdracht een loos ornament. Er treedt een zinloze verdubbeling op. In een contractuele eigendomsoverdracht ligt zowel naar huidig recht als in het stelsel van het Nieuw Burgerlijk Wetboek een dubbele zakelijke overeenkomst besloten: één gericht op bezitsverschaffing, de andere strekkend tot eigendomsovergang. Bovendien zijn zij aaneengeschakeld in een middel/doelrelatie. De eigendom gaat over door middel van de bezitsverschaffing. Nu is een dergelijke samenval van overeenkomsten zeker niet ondenkbaar. Wat in het maatschappelijk verkeer—terecht—als één gebeurtenis wordt beschouwd (de aanschaf van een krant), wordt door het recht—evenzeer op goede gronden—uiteengelegd in twee overeenkomsten die zich tot elkaar verhouden als middel en doel: de (obligatoire) koopovereenkomst en de zakelijke overeenkomst van levering. Hoewel beide overeenkomsten hier in tijd samenvallen, houden ze ieder hun eigen functie. De effectiviteit van de zakelijke overeenkomst is afhankelijk van de aanwezigheid van een titel. De koopovereenkomst voorziet hierin, zij vormt de rechtvaardiging voor de eigendomsoverdracht. Aangezien zonder zo'n rechtvaardigingsgrond, de overdracht zonder gevolg zou blijven, is hierin de toegevoegde waarde van de koopovereenkomst gelegen. Bovendien kan de koopovereenkomst heel wel op eigen benen staan en heeft zij rechtsgevolg zonder dat zij wordt begeleid door een zakelijke overeenkomst.

¹. Vgl. A Wacke, *Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsschichte und Rechtsdogmatik*, Köln 1974, blz 92

Geheel anders is de status van de bezitsoverdracht. Bezit kan niet in geïsoleerde vorm, los van de eigendom, worden overgedragen.¹ Rechtshandelingen die er toe strekken het bezit over te dragen onder voorbehoud van eigendom zijn rechtens onbestaanbaar.² Dit hangt samen met de positie van bezit: schaduw van de eigendom. En aangezien het na Peter Schlemihl³ niemand meer gelukt is zijn eigen schaduw van de hand te doen, is het eigenaren niet gegeven zich, zonder prijs-gave van hun eigendom, door middel van een overeenkomst, te ontdoen van hun schaduw: het bezit. De introductie van de overeenkomst die strekt tot bezitsverschaffing vormt het pronkstuk uit het juridisch rariteitenkabinet. Het *constitutum possessorium* strekt ondanks zijn naam tot *eigendomsoverdracht* en niet tot bezitsverschaffing. Zou het de bedoeling zijn slechts het bezit over te dragen dan zou het *constitutum possessorium* zonder gevolg blijven.

Een curieuze verwisseling van oorzaak en gevolg: bij een levering door tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling gaat niet de eigendom over *door* overdracht van het bezit, maar gaat, omgekeerd, het bezit over *door* *dat* de eigendom wordt overgedragen.

¹. Vgl. J.Eggens WPNR 3095/3096 en Pitlo/Brahn, Zakenrecht, blz.90 e.v. Voor een 'losse' bezitsoverdracht wordt wel een beroep gedaan op het rijkelijk perifere geval van de juridisch geschoolde dief die de gestolen zaak overdraagt aan een helende rechtenstudent. Dief en heler zouden slechts bezitsoverdracht beogen. Vgl. J de Boer R.M.Themis 1978 blz.246. Ook een dergelijke overdracht is echter wel degelijk gericht op eigendomsovergang, zij het dat dit doel niet wordt bereikt.

². Dit betekent uiteraard niet, dat het niet mogelijk zou zijn, dat het bezit op de verkrijger overgaat terwijl de eigendom bij de vervreemder verblijft. Zo bijvoorbeeld bij een levering door feitelijke overgave, gebaseerd op een nietige titel. Het houdt wel in, dat een overeenkomst *met die strekking* (overdracht van het bezit los van de eigendom) geen effect sorteert.

³. Zie Adelbert von Chamisso, Peter Schlemihls Wundersame Geschichte.

Wat is de toegevoegde waarde van bezitsoverdracht door tweezijdige verklaring?

Samenloop van twee zakelijke overeenkomsten (één gericht op bezitsverschaffing, een ander strekkend tot eigendomsovergang) die tot elkaar staan in een middel/doelverhouding. Dit beeld van de levering door tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling wordt reeds ernstig verstoord door de omstandigheid dat bij een dergelijke levering de bezitsverschaffing iedere zelfstandigheid mist doordat zij de eigendomsovergang op de voet volgt.¹

Maar er is nog een tweede reden om verzet aan te tekenen tegen het beeld van de overeenkomst strekkend tot bezitsverschaffing als *middel* tot eigendomsoverdracht. Zoals gezien, dient het stelsel van eigendomsoverdracht te zijn gericht op de realisering van drie doelen: legitimatie van de verkrijger, individualisering van de overgedragen zaak en markering van het tijdstip waarop de verbintenisrechtelijke aanspraak van de verkrijger wordt omgezet in eigendom. Door feitelijke overgave van de zaak worden deze doelen op eenvoudige wijze bereikt en aldus voegt een dergelijke leveringsvorm een wezenlijk element toe aan de zakelijke overeenkomst die strekt tot eigendomsovergang. De toegevoegde waarde van bezitsverschaffing door tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling is echter volstrekt nihil. Door de enkele wils-overeenstemming omtrent de bezitsovergang worden de

¹. Vgl. HR 4 december 1953, NJ 1954, 374, Beding 'levering af schuur' deel uitmakend van een nietige overeenkomst (tot verboden uitvoer van bloembollen):

'dat bij de beantwoording van de vraag of de koper het bezit van de zaken heeft verkregen geen rekening mag

worden gehouden met een door partij en gemaakt beding omtrent het tijdstip, waarop de eigendom—en in verband daarmee het bezit—zal overgaan, indien, gelijk in het onderhavige geval, dit beding deel uitmaakt van een overeenkomst, welke in haar geheel nietig is'

bovengenoemde doelen even weinig gerealiseerd als door de loutere consensus ten aanzien van de eigendomsovergang.

Een leerzame analogie

De ontwikkeling van de eigendomsoverdracht van onroerend goed verschaft een aanwijzing omtrent de toekomstperspectieven van het bezit als element in de overdracht van roerende zaken. Ook het stelsel van levering van onroerend goed dient zich te oriënteren aan de drie hier besproken doelen.

Na het in onbruik raken van de *mancipatio* hield dit in, dat eigendomsoverdracht van onroerend goed plaatsvond *door middel van* bezitsverschaffing. Later zijn efficiëntere middelen geïntroduceerd ter bereiking van de drie doelen. Naar huidig recht wordt de verkrijger in staat gesteld zich te *legitimeren* doordat de zakelijke overeenkomst wordt gepubliceerd in openbare registers. Ter *individualisering* van het overgedragen onroerend goed wordt gebruik gemaakt van kadastrale gegevens. De *markering van het tijdstip* waarop de obligatoire aanspraak van de verkrijger wordt omgezet in eigendom vindt plaats door aantekening van de transportakte in het dagregister van de openbare registers. Tengevolge van deze ontwikkeling is de rol van het bezit ten aanzien van de overdracht van onroerend goed radicaal gewijzigd. Van *voorwaarde* voor eigendomsovergang is de bezitsvorming geworden tot *gevolg* van de eigendomsoverdracht.¹

¹. Vgl. Pitlo/Brahn, *Zakenrecht*, blz. 88

Het stelsel van overdracht van roerende zaken is onderworpen aan dezelfde evolutie. Waar de feitelijke overgave wordt losgelaten en de drie leveringsdoelen op andere wijze worden gerealiseerd, bijvoorbeeld met behulp van 'zakenrechtelijke papieren' (cognossementen, celen) ondergaat de status van het bezit een ingrijpende verandering: van voorwaarde tot gevolg. Bij overdracht door middel van cognossementen en celen vloeit de bezitsovergang van de overgedragen zaken voort uit de handeling die gericht is op eigendomsoverdracht: de overgave van het papier.

Deze observatie is vatbaar voor veralgemening: de contractualisering van de eigendomsoverdracht heeft tot gevolg, dat de bezitsverschaffing ligt besloten in de handelingen die zijn gericht op eigendomsoverdracht. Als zelfstandig vereiste is de bezitsverschaffing een zinloze en, zoals zal blijken, hinderlijke pas op de plaats geworden.¹ Eenmaal geëmancipeerd van de feitelijke overgave heeft de bezitsverschaffing enerzijds het pad geëffend voor de contractualisering van de eigendomsoverdracht, maar anderzijds als leveringseis haar eigen graf gedolven. Niet alleen voegt een bezitsverschaffing door tweezijdige verklaring zonder feitelijke overgave niets toe aan de overeenkomst gericht op eigendomsovergang, maar het vasthouden aan de eis van bezitsverschaffing heeft zelfs duidelijk nadelige effecten.

¹. Vgl. in dit verband ook H.Drion WPNR 4943:

'De door de rechtspraak aan het bezit toegekende betekenis voor de levering van roerende lichamelijke zaken (...) leidt tot een 'Begriffsjurisprudenz', die de aandacht aftrekt van de problemen

waarom het in de betrokken gevallen wezenlijk gaat. De rechtsgevolgen worden niet beheerst door de bezitsverschaffing, maar de vraag van bezitsverschaffing—en van de eisen die daaraan gesteld moeten worden—door de gewenste rechtsgevolgen'.

Aan het Nederlands Taleninstituut B.V. wordt een auto (merk: Mercedes) ontstolen. De auto was tegen diefstal verzekerd bij "De Zeven Provinciën N.V." die de schade ad f 23.621,78 vergoedt.

De vraag rijst: kan het Taleninstituut, de schadevergoeding ontvangende, de auto in eigendom overdragen aan De Zeven Provinciën? Schadeverzekeraars hebben hierbij een redelijk belang, omdat zij anders, indien zij de eenmaal opgespoorde zaak zouden willen opvorderen, afhankelijk zouden zijn van de medewerking van de bezitstolene. Toch kon gedurende lange jaren dit gerechtvaardigde verlangen niet worden gehonoreerd. De eis van bezitsverschaffing vormde een onoverkomelijke barrière. Zo ook voor de rechtbank te 's-Hertogenbosch: eigendomsoverdracht aan De Zeven Provinciën is onmogelijk op grond van de omstandigheid dat,

'nu de oorspronkelijke eigenaar—de b.v. Nederlands Taleninstituut B.V.—het bezit van de Mercedes heeft verloren, zij dit bezit niet aan Zeven Provinciën heeft kunnen verschaffen'

In dit bolwerk (bezitsverschaffing als noodzakelijke voorwaarde voor eigendomsoverdracht) wordt echter door de Hoge Raad een aanzienlijke bres geschoten. Eigendomsoverdracht aan De Zeven Provinciën?

'Dit is niet reeds uitgesloten op de enkele grond dat op het tijdstip van de overdracht de auto in het bezit van een derde was. De "overgave" die krachtens art. 667 B.W. voor overdracht van een roerende zaak is vereist kan in dit geval immers tot stand komen door een overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger, die tot overdracht strekt en de verkrijger in staat stelt zich jegens derden als eigenaar te legitimeren'.¹

Een gewichtige breuk in het systeem. Eigendomsover-

¹. HR 27 april 1979 RvdW 1979, 67

dracht door middel van een zakelijke overeenkomst die de verkrijger in staat stelt zich jegens derden als eigenaar te legitimeren. Bezitsverschaffing komt in dit verhaal niet voor.¹ Een hinderlijk blok aan het been is afgeschud. Bezitsverschaffing is niet langer een noodzakelijke voorwaarde voor eigendomsoverdracht. Dit biedt de gelegenheid voort te bouwen op het betoog van Bregstein, de wegbereider van de contractualisering van de eigendomsoverdracht. Partijen bepalen vrijelijk wanneer de eigendom overgaat. Bregstein blijft echter binnen de grenzen getrokken door het vereiste van bezitsverschaffing, en dat brengt mee dat hij halt houdt voor de situatie waarin de vervreemder het bezit heeft verloren:

‘We concluderen dus, dat de afspraak tussen de verkoper en de koper op elk door hen gewild moment het bezit en daarmee de eigendom kan doen overgaan, *mits de verkoper bezitter der goederen zij*.’²

¹. Met behulp van de afdeling Kunst en Vliegwerk kan de breuk met het stelsel: eigendomsoverdracht uitsluitend door bezitsverschaffing uiteraard wel aan het oog worden onttrokken. Bij art.602 (art.3.5.11 jo 3.5.6. NBW) moet dan even de andere kant worden opgekeken. Aldus bijvoorbeeld Brahn (NJB 1979, blz.573): ‘Zeer duidelijk wijst de Hoge Raad hier in de richting, dat wat er zij van het feit, dat de dief en wellicht na hem heler en/of verkrijger te goeder trouw burgerlijk bezitter van het gestolen goed zijn, de eigenaar niettemin in staat moet worden geacht aan een derde tenminste dat bezit te verschaffen, dat hem in staat stelt aanspraak te mogen maken op de voordelige positie, die de zgn. processuele functie van art. 2014 verschaft’. Hierbij wordt voorbijgegaan aan het feit dat de ‘voordelige positie’ die de revindicant inneemt ter zake van een vordering ex art.2014 lid 2 niet is gekoppeld aan zijn huidige bezit (dat heeft hij immers ver-

loren), maar aan de omstandigheid dat, indien hij aantoonde dat hij bezitter was, m.a.w. bewijst dat de zaak aan hem is onttolen, hij verder is ontslagen van het bewijs van zijn eigendom. Vgl.HR 1 juli 1977, NJ 1978, 212. De verzekeraar aan wie een gestolen zaak is overgedragen langs de door de Hoge Raad aangegeven weg, moet in een procedure ex art.2014 lid 2 bewijzen, dat de verzekeraar de ten tijde van de diefstal bezitter was. Slaagt hij hierin dan kan hij vervolgens profiteren van het vermoeden van eigendom. Om de verzekeraar in deze bewijspositie te loodsen is het volstrekt niet nodig hem eerst ‘tenminste dat bezit te verschaffen’. Inmiddels (NJB 1980, blz.679 e.v.) blijkt Brahn weer terug op de begane grond en is door hem prijsgegeven ‘het dogma dat eigendomsoverdracht van roerende zaken niet/registergoederen nimmer zonder bezitsverschaffing van die goederen mogelijk is’.

². Verzameld Werk, blz.93

stellen van de eigendomsoverdracht, doet nieuwe rechtsfiguren ontstaan. Zij worden niet bevredigend gedetermineerd door de etikettering: eigendom onder opschorpende voorwaarde. Dit verschaft geen antwoord op vragen die in dit verband onvermijdelijk rijzen. Hoe doorstaat een dergelijke rechtsfiguur de 'identiteitscrisis' waarmee subjectieve rechten bij tijd en wijle worden geconfronteerd: het faillissement? In hoeverre is de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud reeds vóór de voltooiing van de koopsom bevoegd over de overgedragen zaken te beschikken? Gooit de eis van beschikkingsbevoegdheid nog roet in het eten bij de levering bij voorbaat?

Het uiteenvallen van momenten in rechtshandelingen

Momenten in rechtshandelingen kunnen in tijd *samenvallen*.¹ Koop en levering kunnen, hoewel juridisch in elkaars verlengde liggend, op hetzelfde moment worden voltrokken. Zeker zo belangwekkend is het perspectief dat wordt opgeroepen door het spiegelbeeld: het *uiteenvallen* van momenten in rechtshandelingen. Dit verschijnsel doet zich zowel voor bij obligatoire als bij zakelijke overeenkomsten en in beide gevallen geeft het aanleiding tot problemen van 'overgangsrecht'.

De totstandkoming van een obligatoire overeenkomst heeft een kwalitatieve omslag in rechtspositie van de contractanten tot gevolg. Daarvóór waren zij vrij, daarna zijn zij door verbintenissen aan elkaar gebonden. Het tijdstip waarop deze omslag zich voltrekt is van groot belang

¹. Vgl. J. Eggens, Samenval van momenten in rechtshandelingen, Themis 1930, no. 4; Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I, blz. 168 e.v.

in verband met art. 24 F. Na de faillietverklaring kunnen ten laste van de boedel in beginsel geen verbintenissen ontstaan. Wat nu, indien de momenten waaruit de obligatoire overeenkomst is opgebouwd (aanbod en aanvaarding) in tijd uiteenvallen? Welke rechtsfiguur ontstaat bijvoorbeeld wanneer een aanbod wordt gedaan dat gedurende zekere tijd onherroepelijk is? De aanbieder heeft zijnerzijds een einde gemaakt aan de vrijblijvendheid, aan de andere kant is ten gunste van de wederpartij nog geen vorderingsrecht ontstaan. Belangrijker dan de etikettering (wilsrecht, recht op rechtsvorming) is ook hier weer het antwoord op de vraag hoe deze rechtsfiguur bij een eventueel faillissement uit de strijd komt. Wat gebeurt er wanneer de aanbieder gedurende de periode van onherroepelijkheid failliet wordt verklaard? Het valt te betreuren, dat het Nieuw Burgerlijk Wetboek wel de gevolgen van dood, handelingsonbekwaamheid en onderbewindstelling van de aanbieder regelt¹ maar de effecten van zijn faillissement onbesproken laat.²

Ook de momenten waaruit de omslag verbintenis/eigendom is opgebouwd kunnen in tijd uiteenvallen. Aldus bij de overdracht onder eigendomsvoorbehoud en bij de levering van toekomstige zaken. Hier rijzen eveneens problemen van 'overgangsrecht'. Drie ervan worden thans besproken: Wat indien ter gelegenheid van een eigendomsvoorbehoud is overeengekomen, dat de verkrijger bevoegd zal zijn de zaken te vervreemden 'overeenkomstig zijn normale bedrijf'? Wat is de positie van de verkrijger aan wie bij voorbaat een zaak is geleverd, die bij de vervreemder arriveert *na* het uitspreken van

¹. art 6525.

². In dezelfde zin H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenisrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Deventer 1979, blz 485

Met de door hem gekozen oplossing dat terzake van een onherroepelijk aanbod de wederpartij in het faillissement kan opkomen, kan ik mij zeer wel verenigen.

diens faillissement? Wat dient te geschieden als zich onder de failliet nietgeïndividualiseerde zaken bevinden die reeds bij voorbaat aan verschillende verkrijgers waren overgedragen?

2. DRIE PROBLEMEN VAN 'OVERGANGSRECHT'

A. Een interessante overgangsfiguur:
aannemer Kerstens

Kamphuis levert, onder voorbehoud van eigendom, een partij bouwmaterialen aan Kerstens. Zij komen daarbij overeen, dat Kerstens bevoegd zal zijn de materialen aan derden over te dragen 'overeenkomstig zijn normale bedrijf of de normale bestemming der goederen'.¹

Over één ding is iedereen het eens. De derde die bouwmaterialen verkrijgt van Kerstens overeenkomstig diens normale bedrijf, wordt eigenaar, ook al zou Kerstens zijn schuld aan Kamphuis nog niet hebben voldaan.

Maar hoe? Het vereiste van beschikkingsbevoegdheid vormt een probleem. Als de grensovergang tussen verbintenis en eigendom hermetisch gesloten blijft, moet ook hier de afdeling Kunst en Vliegwerk te hulp worden geroepen. Beschikkingsbevoegdheid ligt aan de eigendomszijde van de scheidsmuur. De obligatoire overeenkomst schept slechts een verbintenis ten gunste van de koper en deze kan daaraan geen beschikkingsbevoegdheid ontleen. De status van axioma verkrijgt dit uitgangspunt bij Van der Grinten: 'beschikkingsbevoegdheid kan niet contractueel worden verleend; de beschikkingsbevoegdheid kan niet worden afgescheiden van het recht van eigendom'.²

Als het nu van tweeën één is, als Kerstens slechts óf eigenaar óf crediteur kan zijn, dan worden we geconfronteerd met het volgende dilemma. Of Kerstens is ook bij doorlevering overeenkomstig zijn normale bedrijf niet

¹. HR 8 juni 1973, NJ 1974, 346.

². Asser/Van der Grinten I (De vertegenwoordiging), blz. 94.

temin beschikkingsonbevoegd, óf Kerstens moet, alvorens te kunnen vervreemden, nog even, al is het maar één ondeelbaar moment, eigendom verwerven. De eerste hoorn van het dilemma kan nog op twee verschillende manieren worden aangevat. In de eerste plaats kan, onder handhaving van het standpunt dat Kerstens beschikkingsonbevoegd is, toch een geldige eigendomsoverdracht aan de derde worden aangenomen, niet langs de normale weg, maar via een beroep op art.2014. Deze route wordt voorgesteld door Van der Grinten.¹

In de tweede plaats kan men zijn toevlucht zoeken tot de vertegenwoordigingsfiguur. Aldus Brahn, die het overigens eens is met de stelling van Van der Grinten, 'dat beschikkingsbevoegdheid niet contractueel van het eigendomsrecht kan worden afgescheiden'.²

De oplossing wordt volgens Brahn bereikt

'door eenvoudig aan te nemen, dat een eigenaar (...) zich bij de uitoefening van zijn beschikkingsbevoegdheid kan laten vertegenwoordigen door iemand, die de goederen waarvan hij eigenaar is, voor hem houdt'.³

In deze visie wordt het probleem van Kerstens' beschikkingsbevoegdheid omzeild door Kerstens te kwalificeren als vertegenwoordiger (in het zakenrechtelijke vlak) van degenen die zich de eigendom heeft voorbehouden (Kamp-

¹. Asser/Van der Grinten I (De vertegenwoordiging), blz. 95. Het vereiste van goede trouw dat in het kader van art.2014 ten tonele verschijnt, wordt door Van der Grinten als volgt gehonoreerd:

'Ook indien de wederpartij weet dat de tussenpersoon niet eigenaar van de goederen is, zal zij ingevolge de levering van de tussenpersoon de eigendom verkrijgen, omdat zij ervan mocht uitgaan, dat de tussenpersoon in zijn ver-

houding tot de opdrachtgever *verbintenismatig* gerechtigd was de goederen te leveren'. Merkwaardig is, dat Van der Grinten ten aanzien van de vereiste goede trouw een louter verbintenismatig beschikkingsbevoegdheid wel mogelijk, en bovendien voldoende acht.

². O.K.Brahn, Fiduciaire eigendoms-overdracht en eigendomsvoorbehoud, blz.51.

³. Het in de vorige noot aangehaalde werk, blz.51.

huis). Niet Kerstens levert de zaken aan derden, maar Kamphuis, daarbij vertegenwoordigd door Kerstens.¹

Wil men enerzijds vasthouden aan de exclusieve koppeling van de beschikkingsbevoegdheid aan de eigendom en anderzijds aan het uitgangspunt dat Kerstens zelf bevoegd is de bouwmaterialen 'overeenkomstig zijn normale bedrijf' te vervreemden, dan ligt het alternatief voor de hand. Ontwerp een constructie waarin Kerstens, al is het maar voor één ondeelbaar moment, eigenaar wordt. De nalatenschap van Dr Celsus biedt hier uitkomst: de juridische seconde. Aan de overdracht door Kerstens aan een derde gaat, in één ondeelbaar ogenblik, een levering *brevi manu* tussen Kamphuis en Kerstens vooraf.²

Drie kunstgrepen om een wenselijk resultaat te bereiken: eigendomsverkrijging door de derde. Via een beroep op art. 2014, door aan te nemen dat de bouwmaterialen eigenlijk worden overgedragen door Kamphuis terwijl Kerstens slechts als vertegenwoordiger optreedt, of doordat tussen Kamphuis en Kerstens een bliksemsnelle levering *brevi manu* wordt voorondersteld. De aanleiding voor dit geveltoerisme werd gevormd door het axioma dat de beschikkingsbevoegdheid niet contractueel van het eigendomsrecht kan worden afgescheiden. Welk perspectief verschijnt wanneer de axiomatische status van dit uitgangspunt wordt aangetast? De onoverkomelijke scheidsmuur tussen verbintenis en eigendom zal dan moeten worden geslecht. Welke rechtsfiguur ontstaat als een zaak wordt overgedragen onder voorbehoud van eigendom maar onder het beding dat de verkrijger haar mag vervreemden in de normale gang van zijn bedrijf?

¹. Een praktisch bezwaar van deze vertegenwoordigingsconstructie lijkt mij, dat de bevoegdheid tot doorlevering aan derden dan in ieder geval zou worden geblokkeerd door een faillissement van degeen die het eigendomsvoorbe-

houd heeft gemaakt (i.c. Kamphuis). Dat kan niet de bedoeling zijn.

². Zie voor deze constructie leverbaar in verschillende uitvoeringen, W.M. Kleijn in zijn noot onder HR 8 juni 1973, NJ 1974, 346

Ter inleiding een analoog probleem: wat gebeurt er wanneer een zaak wordt overgedragen onder voorbehoud van vruchtgebruik?

‘Zakelijke rechten kunnen onder bijzondere titel slechts gevestigd worden door zakelijke overeenkomst, waarbij als verlener de *eigenaar* optreedt (...) Dus betekent overdragen van eigendom onder voorbehoud van vruchtgebruik niets anders dan dat de verkrijger van de eigendom te zijnen laste op het moment der verkrijging het vruchtgebruik ten gunste van de vervreemder vestigt (...) er bestaat geen blote eigendom als bijzonder zakelijk recht, de inhoud van de eigendom ligt rechtens dwingend vast’.

Dit citaat, ontleend aan Bregstein,¹ suggereert, dat er op zijn minst *twee* stappen gezet moeten worden. Eerst moet de volle eigendom worden overgedragen aan de verkrijger en vervolgens kan deze een vruchtgebruik vestigen ten behoeve van de vervreemder, waarbij het uiteraard mogelijk is, dat beide rechtshandelingen in één ondeelbaar moment worden voltrokken. Hieraan ligt de gedachte ten grondslag, dat vruchtgebruik slechts kan ontstaan door verjaring of door vestiging, en dat in het laatste geval degeen door wie het vruchtgebruik wordt gevestigd, beschikkingsbevoegd dient te zijn. Om dit nu te bereiken moet hem eerst de eigendom worden overgedragen.

Kan de route niet worden bekort? De Hoge Raad meent van wel. In een recent arrest wordt overwogen, dat bij de eigendomsoverdracht een recht van vruchtgebruik kan worden voorbehouden, ‘zodat dienovereenkomstig slechts de blote eigendom van het verkochte wordt geleverd.’² Met behulp van één zakelijke overeenkomst worden de in het eigendomsrecht verenigde bevoegdheden

¹. WPNR 43,52

². HR 7 februari 1979, NJ 1979, 551.

heden over twee personen verdeeld. Iets dergelijks vindt plaats bij een overdracht onder eigendomsvoorbehoud. Het Nieuw Burgerlijk Wetboek construeert deze leveringsvorm als een overdracht onder opschortende voorwaarde (art.3.4.2.5.b). De vervreemder wordt eigenaar onder ontbindende voorwaarde, de verkrijger verwerft eigendom onder opschortende voorwaarde. De kunstgreep dat bij de vervulling van de voorwaarde (de betaling van de koopprijs) de eigendom overgaat doordat op dat moment het bezit *brevi manu* wordt overgedragen, wordt in het Nieuw Burgerlijk Wetboek terecht achterwege gelaten. Terzake van de levering onder eigendomsvoorbehoud heeft het ontwerp de eis van bezitsverschaffing laten vallen. Een overdracht onder eigendomsvoorbehoud vindt plaats 'door aan de verkrijger de macht over de zaak te verschaffen' (art.3.4.2.5a). De verkrijger wordt, zoals de Memorie van Antwoord het uitdrukt, 'voorwaardelijk eigenaar'.¹

Wat is dat: voorwaardelijke eigendom?

Op zichzelf is met de kwalificatie 'voorwaardelijk eigendom' nog niets gezegd omtrent de aard van dit recht. Wat is het méér dan een vorderingsrecht en minder dan onvoorwaardelijke eigendom?

De levering onder eigendomsvoorbehoud schept 'overgangsrecht' in dubbele zin. Naar tijd en naar inhoud. De wisseling van eigenaren voltrekt zich hier niet abrupt, maar strekt zich uit over een zekere periode. Gedurende die tijd is er sprake van een gedeelde eigendom van de

¹. Memorie van Antwoord Boek 3, blz.123.

gaande en de komende man. Maar ook inhoudelijk ontstaat er overgangsrecht, een tussenvorm tussen verbintenis en eigendom. De 'eigendom' die verkoper en koper delen heeft voor beiden zowel zakenrechtelijke als obligatoire aspecten. Zijn 'eigendom' onder ontbindende voorwaarde geeft de vervreemder enerzijds het recht de zaken in geval van wanbetaling te *revindiceren* (van belang bij een faillissement van de verkrijger¹), maar verplicht hem anderzijds allerlei rechten van de wederpartij te gedogen, zoals de bevoegdheid de zaken te gebruiken, te verwerken of zelfs te vervreemden. Een en ander overeenkomstig hetgeen is afgesproken, dan wel voortvloeit uit de aard van de transactie. Omgekeerd heeft ook de 'eigendom' onder opschortende voorwaarde van de verkrijger zowel zakenrechtelijke als obligatoire kanten. De koper heeft meer dan een verbintenisrechtelijke aanspraak op levering. Bij een eventuele deconfiture van de *verkoper* vallen de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken niet onder het faillissementsbeslag. In zoverre heeft het recht van de verkrijger een zakelijk karakter. Aan de andere kant schept de levering onder eigendomsvoorbehoud allerlei verbintenissen ten laste van de verkrijger, hetzij krachtens uitdrukkelijk beding ('tot aan het tijdstip van betaling is koper gehouden dit materiaal op te slaan op een wijze die het als eigendom van N.V.W. kenbaar doet zijn'²), hetzij krachtens de aard van deze leveringsvorm (bijvoorbeeld de verplichting om de zaken niet te verpanden).

Levering onder eigendomsvoorbehoud geschiedt door een overeenkomst waarbij de in het eigendomsrecht ver-

¹ Met name wanneer onder het nieuwe recht de zakelijke werking van de ontbinding verdwijnt. Zie Memorie van Antwoord Boek 3, blz 122 e v.

² Vgl. HR 29 juni 1979, R v d W. 1979, 101.

enigde bevoegdheden over vervreemder en verkrijger worden verdeeld. Tegen deze achtergrond vormt de bevoegdheid van de verkrijger om de zaken overeenkomstig zijn normale bedrijf aan derden over te dragen geen enkel probleem. Zij kan hem ter gelegenheid van deze functionele deling van de eigenaarsbevoegdheden langs contractuele weg worden verleend¹. Het is niet nodig hem ter gelegenheid van de doorlevering voor één ondeelbaar moment de exclusieve eigendom te verschaffen door een brevi manu overdracht van het bezit.

B. Levering bij voorbaat en het faillissement van de vervreemder

Crevels koopt op 15 mei bij Brands een machine die uit het buitenland moet komen. Aangezien de koopprijs bij vooruitbetaling is voldaan, wordt, ter bescherming van dit afnemerskrediet, de machine bij voorbaat aan Crevels overgedragen. Op 10 augustus arriveert de machine bij Brands.

Hoe wordt Crevels eigenaar?

Het Nieuw Burgerlijk Wetboek laat de machine nog een bliksembezoek afleggen aan het vermogen van de vervreemder. Crevels

'verkrijgt niet een bezit en eigendom dat de vervreemder (i.c. Brands) zelf nimmer heeft gehad, maar wanneer de zaak door de vervreemder wordt verkregen, gaat de zaak automatisch ten gevolge van de bij voorbaat gedane verklaringen in het vermogen van de verkrijger over.'²

¹. Een dergelijke contractuele verschuiving van de beschikkingsbevoegdheid binnen het kader van een gedeelde eigendom is volstrekt geen onbekende figuur in ons recht. Zie bijvoorbeeld art. 1:97 lid 2: 'Is een goed der gemeenschap met toestemming, verleend door de echtgenoot onder wiens bestuur het stond, dienstbaar aan het beroep of bedrijf van de andere echtgenoot, dan berust het bestuur van dat goed, voor

zover het handelingen betreft die als normale uitoefening van dat beroep of bedrijf zijn te beschouwen, bij laatstgenoemde echtgenoot en voor de overige bij de echtgenoten gezamenlijk'. 'Het bestuur houdt de bevoegdheid in om met betrekking tot dat goed daden van beheer en van beschikking te verrichten'. (art. 1:97 lid 1).

². Memorie van Toelichting, Boek 3, blz. 225.

Bij aankomst valt de machine voor één ondeelbaar moment in het vermogen van Brands. Vervolgens verkrijgt Crevels de eigendom. Dit korte verblijf van de machine in het vermogen van Brands kan echter voor Crevels hoogst onaangename gevolgen hebben. Wat indien de machine bij Brands arriveert enkele dagen *na* het uitspreken van diens faillissement? De veronderstelling dat de eigendomsovergang van bij voorbaat overgedragen zaken noodzakelijkerwijs loopt *via* het vermogen van de vervreemder, moet wel leiden tot de conclusie dat in dat geval de verkrijger geen eigendom verwerft. Zou de machine één dag vóór de faillietverklaring van Brands arriveren dan zou Crevels haar uit het faillissement kunnen separeren. Bij aankomst één dag later is zijn aanspraak ineengeschrumpeld tot een concurrente vordering en is hij aangewezen op de verificatieprocedure. Dat deze gevolgtrekking inderdaad besloten ligt in het stelsel van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, valt te lezen bij een auteur die bij uitstek is ingewijd in de keukengeheimen van het ontwerp:

‘Voor de rechtsovergang is vereist dat de vervreemder op het ogenblik dat hij het bij voorbaat geleverde goed verkrijgt bevoegd is daarover te beschikken (zie artikel 3.4.2.2. lid 1); zij wordt dus bijv. geblokkeerd door een tussen de levering en de verkrijging uitgesproken faillissement’...¹

Deze conclusie is niet wenselijk omdat aldus het belangrijkste en volstrekt legitieme motief van een overdracht bij voorbaat wordt verijdeld. Juist met het oog op een eventueel faillissement van de vervreemder zal zijn we-

¹. A.S.Hartkamp, Compendium van vermogensrecht volgens het nieuwe

burgerlijk wetboek, Deventer 1977, blz.72.

derpartij, die de koopprijs al bij vooruitbetaling heeft voldaan, een levering bij voorbaat bedingen. Een zakelijk afscheidingsrecht in geval van faillissement ter bescherming van het door de afnemer verleende krediet, dat is de strekking van een levering bij voorbaat. Waar nu het Nieuw Burgerlijk Wetboek het verlangen naar bescherming van *leverancierskrediet* honoreert door aan een eigendomsvoorbehoud een afscheidingsrecht te verbinden, is het ongerijmd om ten aanzien van een rechtsfiguur met een vergelijkbare strekking, de levering bij voorbaat ter beveiliging van afnemerskrediet, tot een tegengesteld oordeel te komen. Bovendien wordt door de beperking van het afscheidingsrecht tot zaken die vóór het faillissement van de vervreemder bij hem zijn aangekomen, de levering bij voorbaat gedegradeerd tot een instrument dat nauwelijks méér armslag biedt dan de 'levering' bij voorbaat zoals die in het huidige recht gestalte heeft gekregen. Naar thans geldend recht schept een 'levering' bij voorbaat voor de vervreemder slechts een *verbintenis* om de zaak zodra zij is gearriveerd voor de verkrijger 'te gaan houden'. De nakoming van deze verbintenis wordt voorondersteld, tenzij duidelijk is, dat de vervreemder de zaak *niet* is gaan houden voor de verkrijger.¹ Dit houdt in de praktijk in, dat naar huidig recht de verkrijger de bij voorbaat 'overgedragen' zaak kan separeren uit het faillissement van de vervreemder, voor zover die zaak is gearriveerd vóór de dag waarop diens faillissement is uitgesproken. Bij latere aankomst resteert slechts een concurrente vordering omdat dan de nakoming van de verbintenis tot het gaan houden van de

¹. Vgl. HR 22 mei 1953, NJ 1954, 189

zaak wordt geblokkeerd door het faillissement. Als enige verschil tussen het Nieuw Burgerlijk Wetboek en het huidige recht blijft over dat, buiten het geval van faillissement, naar komend recht het er niet toe doet of de vervreemder de zaak bij ontvangst nog wel wil gaan houden voor de verkrijger, terwijl hij thans de eigendomsovergang zou kunnen verhinderen door een uitdrukkelijk blijk van onwil. Voor de situatie waaraan de levering bij voorbaat haar reden van bestaan ontleent, het faillissement van de vervreemder, zou het Nieuw Burgerlijk Wetboek niet meer te bieden hebben dan het huidige recht waarin uit de 'levering' bij voorbaat slechts een verbintenisrechtelijke figuur ontstaat. Kortom, een dode mus.

Maar is de conclusie dat het afscheidingsrecht van de verkrijger beperkt blijft tot zaken die de vervreemder vóór diens faillissement heeft ontvangen, niet onontkoombaar? In ieder geval vormt het vereiste van beschikkingsbevoegdheid een lastige klip. Op het moment dat de zaak bij voorbaat wordt overgedragen is de vervreemder *nog niet* beschikkingsbevoegd; als zijn faillissement eenmaal is uitgesproken is hij het zeker *niet meer*. Wanneer dus de vervreemder de bij voorbaat overgedragen zaak pas ontvangt na zijn faillietverklaring is op geen enkel moment sprake geweest van beschikkingsbevoegdheid. De argumentatie lijkt dwingend: wil de eigendomsoverdracht bij voorbaat slagen, dan is nodig, dat aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid is voldaan. Hier toe dient de eigendomsovergang van de bij voorbaat geleverde zaak te lopen *via* het vermogen van de vervreemder. Deze doortocht door het vermogen van de vervreemder voltrekt zich in het normale geval in één ondeelbaar moment. Een faillissement gooit echter roet in het eten; het fungeert als een fuik. De zaak komt wel *in*

het vermogen van de vervreemder, maar kan er niet meer *uit*. De doortocht wordt *geblokkeerd*.

Toch is deze redenering verre van waterdicht. Het betoog staat en, in dit geval, valt met de constatering dat de beschikkingsbevoegdheid niet kan worden losgekoppeld van het recht van eigendom. Zoals gezien (blz. 49 e.v.), heeft instemming met dit axioma er toe geleid dat ten aanzien van de levering onder eigendomsvoorbehoud verschillende omwegen zijn ingeslagen. Zo wordt bijvoorbeeld aangenomen, dat de koper, zolang de koopprijs niet is betaald, niet beschikkingsbevoegd kan zijn, zodat een opvolgende verkrijger de zaak slechts kan verwerven uit handen van degeen die krachtens het eigendomsvoorbehoud eigenaar is gebleven. In deze visie fungeert de koper die de zaak doorlevert overeenkomstig zijn normale bedrijf als *vertegenwoordiger* van degeen die het eigendomsvoorbehoud heeft gemaakt terzake van een levering die zich in werkelijkheid voltrekt tussen de eigenaar en de 'derde'. Daarnaast is gewezen op de mogelijkheid de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud die gaat doorleveren voor één ondeelbaar moment eigenaar te maken met behulp van een bliksemsnelle levering *brevi manu*.

Beide alternatieven zullen steeds opdoemen in de ontwikkelingsgang van het privaatrecht. Zij spruiten voort uit een begrijpelijke schroom voor de machtspreuk 'Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet'. Pand en hypotheekhouder kunnen, hoewel geen eigenaar, de zaak die tot zekerheid van hun vordering strekt aan derden overdragen. Valt te rechtvaardigen dat zij een eigendomsrecht overdragen dat zij zelf niet hebben? Eeuwenlang heeft men een bevestigend antwoord niet durven uitspreken. Dit had tot gevolg dat de pand en hypotheekhouder een uiterst schizofrene rol werd opgedrongen. Ze werden gekwalificeerd als *vertegenwoordigers* in eigen belang (*procuratio in rem*

suam).¹ De vervreemding door de pand- en hypotheekhouder werd beschouwd als een overdracht namens de eigenaar. De nemo plus-klip was omzeild. Niettemin kon, gezien de praktische bezwaren verbonden aan de vertegenwoordigingsleer,² een kentering niet uitblijven. Zij is ingetreden, eerst ten aanzien van de pandhouder en vervolgens ook ten aanzien van de hypotheekhouder, zowel in de wetgeving³ als in de rechtspraak.⁴

De nemo plus-klip omzeild

De andere weg ter vermijding van de nemo plus-barrière wordt ingeslagen in het kader van de levering bij voorbaat. Kan de vervreemder beschikkingsbevoegd zijn wanneer hij op geen enkel moment eigenaar is geweest? In de Memorie van Toelichting op het Nieuw Burgerlijk Wetboek wordt deze confrontatie ontlopen doordat de eigendomsovergang van de bij voorbaat overgedragen zaak wordt geleid via het vermogen van de vervreemder die voor één ondeelbaar moment de eigendom verkrijgt. Het onwenselijk gevolg dat in dat geval de doortocht wordt geblokkeerd door een faillissement, wordt daarbij op de koop toe genomen. Verwarring omtrent de status van de befaamde 'regula iuris antiqui', dat niemand meer recht kan overdragen dan hij zelf heeft, ligt ten grondslag aan deze omtrekkende bewegingen. Is de nemo plus-regel een evident logisch principe dat in de wereld van het recht eenzelfde onverbiddeijkheid uitstraalt als in de

¹. Asser/Van Oven, blz.199

². Zie daaromtrent Pitlo/Brahn, *Zakenrecht*, blz.481 e.v.

³. De volmacht tot vervreemding waarvan in art.1223 BW nog sprake is, is in het Nieuw Burgerlijk Wetboek verdwenen (zie art.3:9.4.11).

⁴. In HR 30 mei 1924, NJ 1924 839 wordt de hypotheekhouder nog aangeduid als

'vertegenwoordiger van de eigenaar van het goed'. Daarentegen wordt hem in HR 25 jan.1977, NJ 1977, 362, zonder omhaal de bevoegdheid verleend 'tot een vereenvoudigde wijze van executie, die niet wezenlijk verschilt van de gewone executie van onroerende goederen'.

wereld van de feiten? Als ik slechts twee appels heb, kan er niet vier overhandigen. Zou ik dan wel de eigendom kunnen overdragen van appels waarvan ik zelf geen eigenaar ben? Of geeft het adagium 'nemo plus...' uitdrukking aan een rechtsbeginsel, een argument met een krachtige, zij het niet onbeperkte werfkracht? Het inzicht dat het laatste het geval is, breekt langzaam door.¹ Maar het blijft een proces van vallen en opstaan. Reeds de auteur van de eerste Studiepocket Privaatrecht wist het ruim achttienhonderd jaar geleden:

'Soms komt het voor, dat degene die eigenaar is niet de bevoegdheid heeft een zaak te vervreemden en degene die geen eigenaar is vervreemden kan'²

Maar in onze dagen lijkt dit soms weer vergeten:

'Men kan nu eenmaal niet leveren wat men niet heeft. De 'nemo plus iuris-regel' is een axioma, waarop geen uitzondering denkbaar is'³

Toch is een scherp besef, dat het bij de nemo plus gedachte gaat om een *rechtsbeginsel*, onmisbaar voor een juiste hantering van het vereiste van beschikkingsbevoegdheid. Rechtsbeginselen slaan een brug tussen enerzijds de regels van het positieve recht en anderzijds het waardenpatroon dat een samenleving zich tot richtsnoer heeft gekozen. Rechtsbeginselen vormen de noodzakelijke achtergrond voor de uitleg van rechtsregels, wil dit niet ontaarden in mechanica. Het decor van het vereiste van beschikkingsbevoegdheid in art.639 BW wordt gevormd door het autonomiebeginsel. De bevoegdheid om over de zaak te beschikken verleent een extra dimensie

¹. Wellicht vooral door het opstel van H.R.Hoetink 'Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet'; Rechtskundige Opstellen aange-

boden aan E.M.Meijers, Zwolle 1935, blz.474 e.v.

². Gaius II, 62.

³. H.P.J.M.Coebergh, WPNR 3256.

aan de autonomie van de eigenaar. Dat ik mijn kleuren-televisie niet alleen mag gebruiken, maar, indien gewenst, ook van de hand mag doen, is een omstandigheid waar door mijn autonomie wordt verhoogd. Aan de andere kant: die autonomie wordt bedreigd wanneer ik *tegen mijn wil* mijn eigendomsrecht zou verliezen doordat een ander dat zonder toestemming aan een derde overdraagt. Het vereiste van beschikkingsbevoegdheid beoogt dit te verijdelen.

Een evenwijdige lijn loopt door het overeenkomstenrecht. De contractautonomie houdt enerzijds in dat *partijen* bevoegd zijn zich door middel van een overeenkomst jegens elkaar te verbinden (art. 1374), maar brengt anderzijds mee, dat *derden* die daarop geen prijs stellen in beginsel buiten schot blijven (art. 1376).

Het vereiste van beschikkingsbevoegdheid ontleent zijn redelijke zin aan dit uitgangspunt: het recht moet zoveel mogelijk voorkomen dat iemand *tegen zijn wil* een recht verliest doordat een ander dat *zonder toestemming* aan een derde overdraagt.¹ Tevens is daarmee de werkingssomvang gegeven. Het vereiste van beschikkingsbevoegdheid reikt niet verder dan zijn strekking (voorkomen van onvrijwillig rechtsverlies) vergt. Maar hier door wordt ook duidelijk dat in de zojuist besproken gevallen zonder bezwaar beschikkingsbevoegdheid kan worden toegekend aan een ander dan de eigenaar. *Onvrijwillig* rechtsverlies door de eigenaar valt hier immers niet te duchten. De verkoper onder eigendomsvoorbehoud die de koper toestaat de zaken door te leveren 'overeenkomstig het normale bedrijf' gaat bij voorbaat akkoord

¹. Daarnaast is de strekking van het vereiste van beschikkingsbevoegdheid gelegen in de bescherming van crediteuren die door middel van een faillissementsbeslag de beschikkingsbevoegdheid van hun schuldenaar hebben geblokkeerd.

sementsbeslag de beschikkingsbevoegdheid van hun schuldenaar hebben geblokkeerd.

met het verlies van zijn eigendomsrecht. Door een pand- of hypotheekrecht te verlenen, stemt de eigenaar er in toe, dat bij eventuele insolventie zijn eigendom aan een derde wordt overgedragen.

Ook terzake van de levering bij voorbaat vormt het uiteenvallen van eigendom en beschikkingsbevoegdheid geen serieus probleem. Als wordt aangenomen, dat de bij voorbaat overgedragen zaak bij ontvangst door de vervreemder *rechtstreeks* overgaat in het vermogen van de verkrijger, is de vervreemder weliswaar op geen enkel moment *eigenaar* geweest, maar dit sluit zijn beschikkingsbevoegdheid volstrekt niet uit. De strekking van het vereiste van beschikkingsbevoegdheid is gelegen in de bescherming van de eigenaar tegen onvrijwillig rechtsverlies. Degeen van wie de vervreemder de bij voorbaat overgedragen zaak heeft ontvangen, heeft echter zijn eigendomsrecht prijsgegeven. Het toekennen van beschikkingsbevoegdheid aan de ontvanger ontmoet geen bezwaar.

De levering bij voorbaat, een overdrachtsvorm waarbij de tijdsbarrière wordt doorbroken, draagt, gezien haar aard, noodzakelijkerwijs een *voorwaardelijk* karakter. Haar succes is afhankelijk van een toekomstige onzekere gebeurtenis: de komst van de bij voorbaat overgedragen zaak. Ook het vereiste van beschikkingsbevoegdheid verkrijgt, onder invloed hiervan, een *voorwaardelijke* structuur. De vervreemder draagt reeds bij voorbaat een toekomstige zaak over. Of hij daartoe ook *bevoegd* is, hangt af van de vraag of hij bij ontvangst eigenaar *zou zijn geworden*, als hij niet reeds tevoren die zaak zou hebben overgedragen.

Conclusie: het vereiste van beschikkingsbevoegdheid vormt geen belemmering voor een rechtstreekse overgang van de bij voorbaat overgedragen zaak in het vermogen van de verkrijger, ook al zou de vervreemder ten tijde van de ontvangst failliet zijn. Weliswaar is deze op

dat moment niet beschikkingsbevoegd maar dat is ook niet nodig, beschikt had hij al. Toen was hij weliswaar slechts *voorwaardelijk* bevoegd, maar die voorwaarde is vervuld. Door de ontvangst zou de vervreemder eigenaar zijn geworden als hij de zaak niet bij voorbaat had overgedragen.

De introductie van de levering bij voorbaat schept een interessante overgangsvorm tussen verbintenis en eigendom. Aldus ontstaat een rechtsfiguur die enerzijds méér is dan een *verbintenis* om de zaak te gaan houden, zoals onder het huidige recht, maar anderzijds, bij gebreke van de overgedragen zaak, *nog geen eigendom* oplevert. Gezien de economische functie van deze leveringsvorm (bescherming van afnemerskrediet) is er alle reden de verwerving van de eigendom door de verkrijger niet te laten blokkeren door een faillissement van de vervreemder, uitgesproken na de levering doch vóór de ontvangst van de bij voorbaat overgedragen zaak. Het vereiste van beschikkingsbevoegdheid staat hieraan niet in de weg.¹

C. Levering bij voorbaat van niet-geïndividualiseerde zaken

In 1978 levert A tegen vooruitbetaling 1000 dozen ingevroren kersen, oogst 1979, bij voorbaat aan B en vervolgens 500 aan C. Als A in juli failliet wordt verklaard, bevinden zich in zijn vriescellen 900 dozen kersen. Uit geen enkel uiterlijk kenteken valt af te leiden voor wie A de kersen is gaan houden.

Wat moet er met de kersen gebeuren? Afgifte door de curator van 600 dozen aan B en 300 aan C lijkt de meest

¹. Voor de nauwverwante situatie dat zaken worden geleverd aan een failliete inkoop/commissionair wordt reeds

lang aangenomen dat die zaken rechtstreeks worden verkregen door de com-mittent.

redelijke oplossing. Redelijker in ieder geval dan de beide alternatieven: verkoop door de curator ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren dan wel uitlevering van de gehele voorraad kersen aan B die het oudste recht heeft. Zouden B en C slechts de positie innemen van concurrente schuldeisers, dan wordt afbreuk gedaan aan de omstandigheid dat zij, ter beveiliging van het door hen verleende krediet, méér hebben bedongen dan *verkoop* van toekomstige kersen; zij hebben zich de kersen bij voorbaat laten *overdragen*.

Tegen de afgifte van de gehele voorraad aan B pleit het volgende. Weliswaar kan B zich beroepen op de oudste levering, maar bij gebreke van individualisering kan niet worden gezegd, dat de latere levering aan C betrekking had op *de* kersen die reeds aan B waren overgedragen¹.

De gekozen oplossing (afgifte van 600 dozen aan B en 300 aan C) is het meest redelijk. Maar past zij in het stelsel van ons recht? Veronderstelt niet de uitlevering aan B en C een aan hen toekomend eigendomsrecht en stuit dit niet af op de individualiseringseis? Eigendom van uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken is onmogelijk. De verkrijger van bij voorbaat overgedragen zaken verwerft pas eigendom indien die zaken zijn geïndividualiseerd. Is het hier echter alles of niets? Moet de *levering* bij voorbaat van 1000 dozen kersen, bij gebreke van individualisering, ieder zakenrechtelijk gevolg missen zodat slechts een verbintenisrechtelijke aanspraak overblijft? In ieder geval zou dit de praktische betekenis van de door het Nieuw Burgerlijk Wetboek geïntrodu-

¹ Het tweede lid van art 3:4210 bepalende dat 'een levering bij voorbaat van een toekomstig goed niet (kan) worden ingeroepen tegen iemand die *het* goed ingevolge een eerdere levering bij voorbaat heeft verkregen', mist toe-

passing aangezien deze bepaling uitsluitend betrekking heeft op de situatie dat *hetzelfde* goed tweemaal bij voorbaat is geleverd (zie Memorie van Antwoord Boek 3, blz. 130).

ceerde levering van toekomstige zaken sterk uithollen. Levering bij voorbaat van niet-geïndividualiseerde zaken aan verschillende personen zal in de praktijk ongetwijfeld vaker voorkomen dan het wel in het ontwerp geregelde geval dat hetzelfde, individueel bepaalde, toekomstige goed achtereenvolgens aan verschillende personen wordt overgedragen (art. 3.4.2.10 lid 2 NBW).

Toch is de conclusie dat de levering bij voorbaat van uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken slechts obligatoir effect heeft, zeker niet onontkoombaar. De weg naar een afscheidingsrecht ten behoeve van de verkrijger van niet-geïndividualiseerde zaken loopt via een figuur die het midden houdt tussen eigendom en verbintenis: *mede-eigendom* in de gehele voorraad die de wederpartij onder zich heeft. De route wordt gemarkeerd door twee arresten van de Hoge Raad.

Teixeira ontvangt van Mulder één, en van Peijnenburg drie certificaten Nillmij in open bewaring. Ten tijde van een aan Teixeira verleende surséance van betaling bevinden zich in haar effectenvoorraad juist vier certificaten Nillmij zonder dat evenwel vastgesteld kan worden dat zij dezelfde zijn als de door Mulder en Peijnenburg in bewaring gegeven stukken.¹

Hebben Mulder en Peijnenburg een zakenrechtelijke vordering tot afgifte van de certificaten of slechts een verbintenisrechtelijke aanspraak op de boedel van Teixeira? In ieder geval is het niet zo dat Mulder *eigenaar* is van één, en Peijnenburg van drie certificaten Nillmij. Dit stuit af op de onmogelijkheid van eigendom van uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken. Toch behoeft dit niet automatisch tot de conclusie te leiden dat

¹. HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274.

Mulder en Peijnenburg *dus* slechts concurrent crediteur zijn. Er is een derde weg: Mulder en Peijnenburg zijn mede-eigenaren van de certificaten Nillmij die zich in de voorraad van Teixeira bevinden. Dit alternatief dat in ruime kring adhesie ondervindt¹, werd in het onderhavige geding geblokkeerd. Het Hof had vastgesteld, dat Teixeira de certificaten Nillmij, die zij onder zich had, niet voor Mulder en Peijnenburg te zamen (als mede-eigenaren) was gaan houden. De Hoge Raad achtte dit een oordeel van feitelijke aard dat in cassatie niet op zijn juistheid kan worden getoetst. Deze bescheiden opstelling van de Hoge Raad houdt verband met zijn, reeds in het Sio-arrest verwoorde, visie dat de *wil* van de houder in dit opzicht de doorslag geeft. Of Teixeira de certificaten is gaan houden voor zichzelf dan wel voor Mulder en Peijnenburg te zamen is vanuit deze gezichtshoek afhankelijk van hetgeen Teixeira—eventueel stilzwijgend—als haar wil heeft verklaard. Uitleg van een dergelijke wilsverklaring is voorbehouden aan de feitenrechter.

Anders wordt dit als het recht, zoals in het Nieuw Burgerlijk Wetboek, overstag gaat en een ander oriëntatiepunt kiest. Onder het nieuwe recht is het niet de wil, maar de *rechtsverhouding* tot zijn wederpartij die bepaalt of de houder de ontvangen zaken houdt voor zichzelf of voor de ander:

Bestaat tussen twee personen een rechtsverhouding die de strekking heeft dat hetgeen de ene op bepaalde wijze zal verkrijgen, door hem voor de ander zal worden gehouden, dan houdt de ene het ter uitvoer

¹. Zie conclusie A.G. mevrouw mr Minkenhof.

ring van die rechtsverhouding door hem verkregene voor de ander (art.3.5.4.).

Levering bij voorbaat schept zonder twijfel 'een rechtsverhouding die de strekking heeft dat hetgeen de ene op bepaalde wijze zal verkrijgen, door hem voor de ander zal worden gehouden'. Het artikel laat zich echter niet uit over de vraag wat moet worden aangenomen bij samenloop van rechtsverhoudingen met een zodanige strekking.

Wat indien A bij voorbaat 1000 dozen kersen heeft overgedragen aan B en 500 aan C? De enig redelijke uitleg van art.3.5.4. lijkt dan, dat A de bij hem aanwezige kersen niet houdt voor zichzelf maar voor B en C te samen. *Mede-eigendom* ten behoeve van de verkrijgers van bij voorbaat overgedragen zaken die door de vervreemder al wel zijn ontvangen, maar nog niet voor de verschillende afnemers apart zijn gezet. Past deze rechtsfiguur in het stelsel van ons recht? Wat is het karakter van een dergelijke mede-eigendom? De proef op de som wordt geleverd door een recent arrest van de Hoge Raad.

Met behulp van toondercelen wordt door Murochem 1410 ton benzeen overgedragen aan Easco. De overgedragen hoeveelheid benzeen bevindt zich in een tank van Nieuwe Matex waarin een grotere voorraad benzeen is opgeslagen.¹

Welke kwalificatie verdient het recht van Easco² met betrekking tot de in de tank opgeslagen benzeen? Zij heeft niet zonder meer *eigendom* verkregen van 1410 ton benzeen. De Hoge Raad bevestigt in dit arrest het oordeel dat eigendom van uitsluitend naar soort en hoeveelheid

¹. HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338

². Buiten beschouwing blijven hier de complicaties die verband houden met

het feit dat Murochem haar voorraden tot zekerheid had overgedragen aan de First National City Bank

bepaalde zaken niet mogelijk is. Houdt dit nu in dat Easco dus niet meer dan een *verbintenisrechtelijke aanspraak* kan doen gelden? Deze gevolgtrekking werd inderdaad wel gemaakt. Een ceel met betrekking tot een bepaalde hoeveelheid, nietgeïndividualiseerde, soorten zaken verschaft in deze visie de houder slechts een *verbintenisrechtelijke vordering tot uitlevering*.¹

Eigendom of verbintenis? Een tussenfiguur wordt geschetst door de Hoge Raad:

'door uitgifte van een ceel met betrekking tot een gedeelte van een opgeslagen hoeveelheid materiaal (wordt) de mogelijkheid geschapen door overdracht van de ceel het medebezit en de *mede-eigendom* in die hoeveelheid voor dat gedeelte over te dragen' (cursivering toegevoegd).

Easco heeft terzake van de gehele voorraad benzeen die zich in de opslagtank bevindt, *mede-eigendom* verkregen en kan uitlevering vorderen van 1410 ton benzeen. Dit recht op uitlevering kan worden aangemerkt als een (zakelijke) vordering tot scheiding en deling.²

In twee opzichten is de zojuist geciteerde overweging van de Hoge Raad vatbaar voor veralgemening.

In de eerste plaats is het voor het ontstaan van *mede-eigendom* niet noodzakelijk dat de in de celen aangeduide hoeveelheid *kleiner* is dan de in de opslagtank aanwezige voorraad. Gesteld dat door het opslagbedrijf twee toondercelen zouden zijn uitgegeven, één voor 1000 ton, een ander voor 500 ton benzeen, dan zouden de rechtmatige houders van die celen *mede-eigendom* verwerven, ook dan, indien op het moment dat zij uitlevering vorderen slechts 900 ton aanwezig zou zijn. Het ligt voor de

¹. Dorhout Mees III 6, 7 (3,) 4 nr. 6.
79, 32

². Vgl. W.M.Kleijn in zijn noot onder dit arrest.

hand de scheiding en deling aldus te voltrekken dat de eerste 600, de tweede 300 ton benzeen verkrijgt.

In de tweede plaats is de bestaanbaarheid van deze vorm van mede-eigendom (mede-eigendom van een gehele voorraad met het recht op uitlevering daaruit van een bepaald aantal exemplaren, liters, kilo's e.d.) geenszins gebonden aan de uitgifte van een ceel. Het scheppen van mede-eigendom ten aanzien van roerende zaken is niet onderworpen aan enige formaliteit (art.3.4.2.7b NBW). Dit kan zonder bezwaar geschieden door middel van een 'tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling' (art.3.5.9 NBW). Niets belet de verklaringen dat 1000, respectievelijk 500 dozen kersen bij voorbaat worden overgedragen, aldus uit te leggen, dat de beide verkrijgers mede-eigenaren worden van de voorraad kersen die de vervreemder ontvangt.

Terug naar de casus die het uitgangspunt vormde voor deze bespiegelingen. (Levering bij voorbaat door A van 1000 dozen kersen aan B en vervolgens 500 aan C. Als A failliet wordt verklaard, bevinden zich 900 dozen kersen in zijn vriescellen). Afgifte door de curator van 600 dozen aan B, en 300 aan C werd, bij wijze van hypothese, als meest redelijke oplossing aangeboden. Vervolgens werd beproefd of deze oplossing past in het stelsel van ons recht. Het Teixeira-arrest vormt wat dit betreft geen serieuze barrière. De figuur dat A de opgeslagen kersen houdt voor B en C te zamen wordt door dit arrest geenszins uitgesloten. Wel wordt zij afhankelijk gesteld van de wil van A. Het oordeel dat de wil van de houder in dit opzicht de doorslag geeft, is echter aan heroverweging toe, en moet in ieder geval anders uitvallen na invoering van art.3.5.4. De blauwdruk voor de inpassing in het rechtssysteem wordt vervolgens geleverd door het Benzeen-arrest. B en C verwerven mede-eigendom ten aanzien van de bij A opgeslagen voorraad kersen.

Resultaat van deze ontwikkeling is de geboorte van een waardevolle overgangsvorm. De omstandigheid dat niet is voldaan aan de individualiseringseis brengt wel mee, dat degenen aan wie bij voorbaat uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken zijn overgedragen geen eigendom verwerven, maar dit betekent niet, dat slechts een verbintenisrechtelijke aanspraak overblijft. De ontstane rechtsfiguur vertoont 'typische' trekken van enerzijds eigendom en anderzijds een verbintenis. Het zakelijke afscheidingsrecht heeft zij gemeen met eigendom. De verwantschap met de verbintenis is gelegen in de onderworpenheid aan het beginsel van art. 1178 BW. De verkrijgers worden voldaan naar evenredigheid van hun aanspraken. De volgorde waarin deze zijn ontstaan wordt buiten beschouwing gelaten.

3. BIJ WIJZE VAN SAMENVATTING: EEN CONFRONTATIE
VAN HET VOORGAANDE MET HET NIEUW BURGERLIJK
WETBOEK

Toekomstperspectieven van de zakelijke overeenkomst

‘Ruggegraat van elke levering, ook die van roerend goed, is de zakelijke overeenkomst’ (Schut).¹

We hebben gezien welke ontwikkeling tot deze prominente rol van de zakelijke overeenkomst heeft geleid. Een enorme expansie in ruimte en tijd was het gevolg van de contractualisering van de eigendomsoverdracht. Door de levering niet langer op te vatten als een feitelijke handeling, maar als een (zakelijke) overeenkomst, werd het mogelijk de eigendomsoverdracht, zowel naar plaats als naar tijd, los te koppelen van de feitelijke overgave van de zaak. De praktijk heeft van deze mogelijkheid om uit de ban van hier en nu te geraken ruim gebruik gemaakt, getuige de opkomst van de ‘traditiepapieren’ (celen, cognossementen), het eigendomsvoorbehoud en de levering bij voorbaat. Dankzij de ambivalentie van het bezitsbegrip, half feit, half recht, zijn deze ontwikkelingen zeker versoepeld (verschaffing van het bezit kan, anders dan feitelijke overgave, langs puur contractuele weg plaatsvinden), maar ook is zo de façade van het traditiestelsel overeind gebleven toen in werkelijkheid het systeem van levering reeds lang als contractueel kon worden bestempeld. In de rechtspraak van de Hoge Raad heeft de zakelijke overeenkomst en daarmee het contrac-

¹. G.H.A.Schut, *Ars Aequi* 1970, blz. 155

tuele fundament van de levering vaste voet verworven.¹ Hoe is het op dit punt gesteld met het Nieuw Burgerlijk Wetboek? Is ook hierin de zakelijke overeenkomst 'de ruggespraak van elke levering, ook die van roerend goed'? De tekst van de wet stemt wat dit betreft niet optimistisch:

'Voor overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken (art 3 4 2.2, lid 1)

'De levering vereist voor de overdracht van roerende zaken, niet-registergoederen, die in de macht van de vervreemder zijn, geschiedt door aan de verkrijger het bezit der zaak te verschaffen' (art 3 4.2 5, lid 1).

Geen woord over de zakelijke overeenkomst.

Dit hoeft uiteraard nog niet te wijzen op een welbewuste breuk met de rechtspraak van de Hoge Raad. Vergelijk bijvoorbeeld het commentaar van Hartkamp:

'Niet uitdrukkelijk vereist wordt een zakelijke overeenkomst, maar deze eis ligt in beginsel opgesloten in die van een afzonderlijke leveringshandeling, gebaseerd op de titel van overdracht'²

Toch is hiermee de kous niet af. In het onlangs verschenen proefschrift van Den Dulk wordt een frontale aanval geopend op de zakelijke overeenkomst als vereiste voor de eigendomsoverdracht van roerende zaken. Het Nieuw Burgerlijk Wetboek wordt hierbij als munitie gebruikt.

'De eis van een zogenaamde zakelijke overeenkomst kan () voor zover wij het oog hebben op de overdracht van roerende zaken, niet-registerzaken, voor ons recht vervallen, titel, beschikkingsbevoegd

¹ Vgl HR 29 september 1962, NJ 1962, 14 en HR 18 februari 1966, NJ 1967, 109

² A S Hartkamp, Compendium van

het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijk wetboek, blz 64

heid en bezitsoverdracht bepalen het resultaat eigendomsovergang. Ook het Ontwerp-B W volgt deze gedachtengang artikel 342² stelt niet meer dan deze drie eisen voor de eigendomsoverdracht. Ook voor komend recht geldt niet de eis van een zakelijke overeenkomst¹

Het Nieuw Burgerlijk Wetboek stelt slechts drie eisen: titel, beschikkingsbevoegdheid en levering. Voor zover het roerende zaken betreft moet onder levering worden verstaan bezitsoverdracht. Bovendien 'de bezitsoverdracht is niet een rechtshandeling, beslissend is uitsluitend, of de verkrijger voldoende feitelijke macht heeft verkregen. Bezitsoverdracht krachtens tweezijdige verklaring (artikel 359 Ontwerp-B W) is evenmin een rechtshandeling'². Vandaar 'Ook voor het komend recht geldt niet de eis van een zakelijke overeenkomst'

Het betoog van Den Dulk is doordacht en consequent. Niettemin verdient het geen navolging. In zijn opvatting komt het volle gewicht te liggen op de vraag of de feitelijke macht is overgegaan ('beslissend is uitsluitend, of de verkrijger voldoende feitelijke macht heeft verkregen'). Nu zal Den Dulk op dit punt zonder twijfel ruimhartig denken en ook 'voldoende feitelijke macht' aannemen met betrekking tot een partij ingevroren kersen zich bevindend in een scheepsruim ergens in de Middellandse Zee ten gunste van de houder van een cognossement in Rotterdam. Toch is deze accentuering van de feitelijke macht in strijd met een ontwikkeling van eeuwen die er juist op gericht is geweest de eigendomsoverdracht te bevrijden uit de macht der feiten. Binnen de grenzen getrokken door de structuur van het eigendomsrecht, zijn het de partijen die bepalen hoe en wanneer de eigendom

¹ J. L. den Dulk, De zakelijke overeenkomst, Proefschrift Groningen, Alphen a/d Rijn 1979, blz. 106.

² Het in de vorige noot aangehaalde werk, blz. 106.

zal overgaan. Deze ontwikkeling verdient erkenning door de wetgever via een uitdrukkelijke bepaling dat de kern van de levering wordt gevormd door een (zakelijke) overeenkomst.¹

Kan men bedenkingen koesteren om wat er *niet* staat (het vereiste van een zakelijke overeenkomst), zeker is kritiek mogelijk op wat er *wel* in het Nieuw Burgerlijk Wetboek is bepaald: de eis van bezitsverschaffing.

Nieuw Babylon

Uitgangspunt van het Nieuw Burgerlijk Wetboek is dat levering van roerende zaken plaats vindt door bezitsverschaffing. Hoe dit laatste dient te geschieden wordt bepaald in de artikelen 3.5.8 en 9:

‘Een bezitter draagt zijn bezit over door de verkrijger in staat te stellen die macht uit te oefenen, die hij zelf over het goed kon uitoefenen’ (art.8).

‘Voor de overdracht van het bezit is een tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling voldoende:

- a. wanneer de vervreemder de zaak bezit en hij haar krachtens een bij de levering gemaakt beding voortaan voor de verkrijger houdt;
- b. wanneer de verkrijger houder van de zaak voor de vervreemder was;
- c. wanneer een derde voor de vervreemder de zaak hield en haar na de overdracht voor de ontvanger houdt. In dit geval gaat het bezit niet over voordat de derde de overdracht heeft erkend, dan wel de vervreemder of de verkrijger de overdracht aan hem heeft medegedeeld (art.9.).

Dit samenstel van bepalingen (3.4.2.2; 3.4.2.5; 3.5.8 en 3.5.9) vormt een waar Babylon, een gecompliceerd bouwsel waaromheen een immense spraakverwarring woedt.

¹. Zie in vergelijkbare zin G.H.A. Schut, WPNR 5176.

De tongen komen los naar aanleiding van de vraag of de bezitsoverdracht al dan niet als een rechtshandeling moet worden beschouwd.¹ Een kleine, doch representatieve steekproef: bezitsoverdracht, zowel via art.3.5.8. als via art.3.5.9 is steeds een rechtshandeling (Mijnssen)²; de wijzen van bezitsoverdracht bedoeld in art.3.5.9 leveren rechtshandelingen op, bij bezitsoverdrachten krachtens art.3.5.8 is dat niet zo (Memorie van Antwoord)³; 'juist lijkt het de ondergetekende derhalve dat de bezitsoverdracht overeenkomstig artikel 3.5.8 in de Memorie van Antwoord als in beginsel van zo feitelijke aard wordt beschouwd dat zij niet als een rechtshandeling door nietigheid of vernietiging zonder gevolgen kan blijken te zijn (. . .) maar minder juist lijkt hem dat volgens de memorie van antwoord het bij artikel 3.5.9. steeds wel om een zodanige rechtshandeling zou gaan' (Nota van Wijzigingen met betrekking tot artikel 3.5.9); noch de bezitsoverdracht bedoeld in artikel 3.5.8. noch de wijzen van bezitsoverdracht vermeld in artikel 3.5.9. leveren rechtshandelingen op (Den Dulk)⁴.

Het spectrum der meningen vertoont een duidelijk verloop. Er is een onmiskenbare terreinwinst voor de visie dat de bezitsoverdracht in de eerste plaats een feitelijk karakter draagt. Deze kentering wordt met name zichtbaar bij vergelijking van de twee laatste drukken van het zakenrechtelijk standaardwerk Asser-Beekhuis:

'Dit betekent dan, dat bij traditie (van bezit) het hoofdelement van de machtsverschaffing gevormd wordt door de toestemming van partijen. O.i. is deze toestemming te beschouwen als een speciale rechtshandeling, die gericht is op overdracht van de macht' (tiende druk blz.105).

¹. Van belang voor de vraag of de bezitsoverdracht bloot staat aan nietigheid of vernietigbaarheid

². WPNR 5166

³. Blz.144.

⁴. Het op blz.75 in noot 1 aangehaalde werk, blz.106.

'De hier bedoelde vorm van traditie (art.3.5.8.) berust behalve op een feitelijk element ook op de wilsverklaringen van partijen, die het bezit willen doen overgaan. De vraag rijst of deze wilsverklaringen als een rechtshandeling (overeenkomst) kunnen worden aangemerkt (...). Het lijkt ons (...) juister de hier behandelde vorm van traditie niet als rechtshandeling te beschouwen, maar de wilsverklaringen van partijen als feitelijke elementen, waarop de traditie berust' (elfde druk blz.116).

Dat de bezitsoverdracht bezig is haar status van rechtshandeling te verliezen, moet worden toegejuicht. Het huidige Burgerlijk Wetboek getuigt—waarschijnlijk onbedoeld—van een diepe wijsheid door de bezitsoverdracht niet te regelen als een zelfstandige rechtshandeling, maar door aan de wijze waarop bezit wordt overgedragen slechts aandacht te besteden in het kader van de overdracht van *eigendom* (art.667 BW). Bezitsoverdracht als zelfstandige rechtshandeling is een onwerkelijke figuur, een produkt van de juridische tekentafel, bestemd om *contractuele* leveringsvarianten te laten doorgaan voor volwaardige verschijningsvormen van een *traditie*-stelsel (zie hieromtrent blz.32). Een handeling is niet reeds een rechtshandeling door het enkele feit dat daaraan rechtsgevolg is verbonden. Een handeling verkrijgt de status 'rechtshandeling' doordat zij op dat rechtsgevolg is gericht. Handelingen die er op zijn gericht uitsluitend het bezit over te dragen komen in het rechtsverkeer niet voor. De handelingen beschreven in de artikelen 3.5.8. en 3.5.9. (feitelijke overgave, het constitutum 'possessorium', levering *brevi manu* en onder een derde) strekken, ondanks hun plaats in de bezittitel, in werkelijkheid steeds tot overdracht van de *eigendom*. *Rechtshandelingen* zijn zij *omdat en voor zover* zij deze strekking hebben.

Maar zelfs indien de meningsverschillen omtrent de status van de bezitsoverdracht in het Nieuw Burgerlijk Wetboek zouden verdwijnen en bijvoorbeeld de visie

van Beekhuis de heersende zou worden, blijft toch de levering van roerende zaken een gecompliceerd kunststuk. De meest alledaagse overdrachtshandeling, zoals de levering van boter, kaas en eieren, verricht onder de werking van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, is, gezien door de bril van Beekhuis, opgebouwd uit drie momenten die in tijd samenvallen. In de eerste plaats sluiten melkboer en klant een zakelijke overeenkomst die ten doel heeft de zaken in eigendom te doen overgaan. (Beekhuis gaat er terecht van uit dat het vereiste van een zakelijke overeenkomst voor het komende recht behouden blijft).¹ In de tweede plaats is er sprake van een stelselsverklaringen, gericht op overgang van het bezit. Deze stelselsverklaringen kunnen niet als een rechtshandeling (overeenkomst) worden aangemerkt. In de derde plaats stelt de melkboer zijn afnemer in staat die macht uit te oefenen, die hij zelf over de boter, kaas en eieren kon uitoefenen.

Ook in een overdracht door tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling (*constitutum possessorium*, levering *brevi manu e.d.*) liggen volgens Beekhuis twee series stelselsverklaringen besloten: niet alleen een zakelijke *overeenkomst* gericht op eigendomsovergang maar ook een tweezijdige stelselsverklaring die ten grondslag ligt aan de overgang van het bezit en die 'in beginsel niet als een overeenkomst in de gewone zin van het woord (kan) worden beschouwd.'²

Aldus vertoont de levering van roerende zaken een ingewikkeld patroon van samenvallende stelselsverklaringen waarvan sommige een rechtshandeling opleveren en an-

¹. Asser/Beekhuis I Zakenrecht, blz. 166

². Asser/Beekhuis I Zakenrecht, blz. 119

dere niet. Nu is soms een ingewikkelde analyse van een simpele gebeurtenis volkomen terecht. De aanschaf van een pakje sigaretten valt onder de loep van het privaatrecht uiteen in twee rechtshandelingen: een obligatoire overeenkomst en een levering. Deze tweedeling geschiedt op goede gronden. Beide rechtshandelingen vervullen immers ieder een zelfstandige functie. De eerste vormt de rechtvaardiging voor de eigendomsovergang en de tweede geeft daaraan uitvoering.

De omstandigheid dat naast een zakelijke overeenkomst gericht op eigendomsovergang bezitsoverdracht vereist is, en dat ook deze bezitsoverdracht op haar beurt steunt op een samenstel van wilsverklaringen, is daarentegen een volstrekt overbodige complicatie. Zoals gezien (blz. 21 e.v.), dient een zinvolle regeling van de eigendomsoverdracht te zijn gericht op de realisering van drie uitgangspunten: legitimatie van de verkrijger, individualisering van de overgedragen zaak en markering van het tijdstip waarop de verbintenisrechtelijke aanspraak van de verkrijger wordt omgezet in eigendom. Overdracht van het bezit brengt deze drie doelen geen stap naderbij. Zeker niet als het betreft een bezitsoverdracht door tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling (art. 3.5.9.). Maar ook indien de bezitsoverdracht wel gepaard gaat met feitelijke handelingen (art. 3.5.8.), zijn de legitimatie van de verkrijger en de individualisering van de zaak niet het gevolg van de overgang van het *bezit*, maar van die feitelijke handelingen (zie blz. 41 e.v.). Tenslotte is het ook heel wel mogelijk de drie leveringsdoelen te realiseren zonder dat de feitelijke macht of zelfs het bezit wordt overgedragen. Zo met name indien de eigenaar zijn gestolen auto overdraagt met behulp van een overeenkomst die tot overdracht strekt en de verkrijger in

staat stelt zich jegens derden als eigenaar te legitimeren (bijvoorbeeld door afgifte van de autopapieren aan de verkrijger).¹

Dat het vereiste van bezitsverschaffing geen onaantastbaar dogma vormt, wordt in het Nieuw Burgerlijk Wetboek overigens ten volle erkend. Het uitgangspunt 'levering door bezitsverschaffing' wordt op ruime schaal doorbroken. In de eerste plaats geldt het vereiste van bezitsverschaffing slechts voor zaken 'die in de macht van de vervreemder zijn' (vgl. art. 3.4.2.5. lid 1). Zijn zij dat niet, zoals bij verlies en diefstal, dan kunnen zij worden overgedragen met behulp van een *akte* (art. 3.4.2.7a). In de tweede plaats is het vereiste van bezitsverschaffing niet van toepassing op de overdracht onder opschortende voorwaarde, zoals de levering onder eigendomsvoorbehoud. Hier dient de levering te geschieden 'door aan de verkrijger de *macht* over de zaak te verschaffen' (art. 3.4.2.5a).

Aldus kent het Nieuw Burgerlijk Wetboek drie verschillende wijzen waarop de eigendom van roerende zaken wordt overgedragen: door *bezitsverschaffing* voor zover de zaken in de macht² van de vervreemder zijn, door een *akte* voor zover zij dat niet zijn en door *machtsverschaffing* indien het gaat om een overdracht onder opschortende voorwaarde.

Bezwaar van deze driesprong is, dat de vraag welke weg moet worden ingeslagen vaak netelig is, terwijl aan een verkeerde keuze gewichtige gevolgen zijn verbonden. De leveringsvorm waarvan sprake is in het tweede gestolen auto-arrest³ (afgifte door de bestolen eigenaar van

¹. Vgl. HR 1 februari 1980, R.v.d.W. 1980, 29.

². De term 'macht' wordt in het Nieuw Burgerlijk Wetboek gebezigd 'in de zin van het rechtstreeks of via een derde ter beschikking hebben van de zaak, zodanig dat het mogelijk is een ander

het bezit daarvan te verschaffen, doch onverschillig of van de kant van de vervreemder enig recht op de zaak bestaat' Memorie van Antwoord Boek 3, blz. 119.

³. HR 1 februari 1980, R.v.d.W. 1980, 29.

autosleutels en kentekenbewijs aan de verzekeraar) zou onder de werking van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, bij gebreke van een akte, tot mislukken zijn gedoemd. Bovendien is een foutieve keuze geenszins denkbeeldig. Beproeft U, hooggeschatte lezer, uw krachten eens op de vraag in welke van de drie rubrieken de levering van toekomstige zaken thuishoort. Hoe moet een partij kersen uit de oogst van het volgend jaar worden overgedragen? Door bezitsverschaffing? Of stuit dit af op de omstandigheid dat die kersen niet in de macht van de vervreemder zijn? Door verschaffing van de macht omdat het wellicht gaat om een overdracht onder opschortende voorwaarde? Dit lijkt te stranden op de onmogelijkheid de verkrijger de macht te verschaffen. Dus maar een akte? De minister heeft het correcte antwoord op deze meerkeuzetoets bepaald op het eerste alternatief. Toekomstige zaken dienen geleverd te worden via een geanticipeerde bezitsverschaffing *constituto possessorio*.¹

Aan de drieledige regeling van de eigendomsoverdracht van roerende zaken in het Nieuw Burgerlijk Wetboek kleven ernstige bezwaren. Niet alleen worden leveringsvarianten buitengesloten die dat lot niet verdienen. Zo bijvoorbeeld wanneer de vervreemder ten aanzien van zaken die niet in zijn macht zijn de verkrijger een legitimatiemiddel verschaft dat niet kan worden aangemerkt als een 'akte'. Maar bovendien zullen leveringsvormen die eigenlijk niet in de wettelijke rubricering passen, zoals de overdracht van toekomstige zaken, op willekeurige wijze in één van de drie hokken worden geperst.

¹. 'Ter voorkoming van misverstand zij nog opgemerkt dat de in het eerste lid van dit artikel (3.4.2.5.) ingevoegde woorden 'die in de macht van de vervreemder zijn' niet beletten dat toe-

komstige roerende zaken, niet-registreerbare goederen, bij voorbaat worden geleverd door *constitutum possessorium*' (Memorie van Antwoord Boek 3, blz. 120).

De conclusie omtrent de meest wenselijke regeling in de wet ligt voor de hand: de zakelijke overeenkomst erin, het vereiste van bezitsverschaffing, inclusief haar beide subsidiaire varianten (akte en machtsverschaffing) eruit. Veralgemening van de formulering van de Hoge Raad in de beide gestolen auto-arresten, levert een goed alternatief. De levering vereist voor de overdracht van roerende zaken, niet registergoederen geschiedt door een daartoe strekkende overeenkomst.

Twee kanttekeningen moeten terstond worden gemaakt. In de eerste plaats wil levering door zakelijke overeenkomst niet zeggen 'levering door enkele wilsovereenstemming'. Het vereiste van een zakelijke overeenkomst behelst wezenlijk meer. In de tweede plaats moet de regel 'levering door een zakelijke overeenkomst' worden gecompleteerd door een bepaling van aanvullend recht die aangeeft op welk moment de eigendom overgaat voor het geval partijen daaromtrent niets zijn overeengekomen.

Overdracht door een zakelijke overeenkomst en de drie leveringsdoelen

A en B zijn het erover eens geworden dat B de eigendom verwerft van veertig van de honderd leren koffers die A zojuist uit de Volksrepubliek China heeft geïmporteerd, en die zich thans in A's pakhuis bevinden.

Door deze 'wilsovereenstemming' wordt B nog geen eigenaar van de veertig Chinese koffers. Wilsovereenstemming is niet de enige voorwaarde voor de effectiviteit van een zakelijke overeenkomst. Gezien haar strekking (overgang van eigendom) is de zakelijke overeenkomst gericht op de verwezenlijking van drie doelen: legitimatie van de verkrijger, individualisering van de overgedragen zaken en markering van het tijdstip waar

op de verbintenisrechtelijke aanspraak van de verkrijger wordt omgezet in eigendom.

In dit verband vertoont de 'levering' van de Chinese koffers in ieder geval twee zwakke plekken. De mogelijkheden voor de verkrijger om zich jegens derden als eigenaar te legitimeren zijn uiterst gering omdat de koffers onder de vervreemder zijn gebleven en geen enkel uiterlijk teken er op wijst dat B de eigendom heeft verkregen. Hiernaast ontbreekt iedere individualisering. Op geen enkele wijze valt uit te maken op welke veertig koffers B's eigendomsrecht betrekking heeft. Met name dit laatste leidt ertoe dat ook in contractuele leveringssystemen, zoals het Franse en het Engelse, B geen eigendom verwerft.

Aan de andere kant is het wat de realisering van de drie leveringsdoelen betreft zeker niet: alles of niets. Ten aanzien van de legitimatie is het zo dat er steeds leveringsvormen zijn erkend die in dat opzicht een pover figuur slaan, maar waaraan toch werking is toegekend, zij het een beperkte. Het constitutum possessorium is zo'n nootbrekebeentje in de Europese rechtsfamilie. De omstandigheid dat de zaak in handen van de vervreemder blijft en de levering met geen enkele publiciteit gepaard gaat, is steeds aanleiding geweest om aan deze leveringsvorm werking jegens bepaalde derden te onthouden¹. Ook in het komende recht wordt deze lijn voortgezet. In het oorspronkelijke ontwerp zelfs op zeer drastische wijze:

'Blijft echter een geleverde roerende zaak na de levering in handen van de vervreemder, dan kan tegenover een derde, die een ouder recht op

¹. Zie voor het Engels recht P.S. Atiyah, *The Sale of Goods*, London 1975, blz. 141 e.v.; Voor het Franse recht art. 1141

Code Civil en voor het Duitse recht § 933 BGB.

die zaak heeft, *en tegenover een schuldeiser van de vervreemder* geen beroep op de levering worden gedaan. Deze bepaling lijdt uitzondering, wanneer naar buiten van de levering blijkt (...)’ (art.3.4.2.5. lid 2. Oorspronkelijk Ontwerp, cursivering toegevoegd).

In het Gewijzigd Ontwerp is de werking van het *constitutum possessorium* weer wat verruimd, maar zij blijft beperkt.

‘Blijft de zaak na de levering in handen van de vervreemder, dan werkt de levering tegenover een derde die een ouder recht op de zaak heeft, eerst vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen, tenzij de oudere gerechtigde met de overdracht heeft ingestemd’ (art.3.4.2.5. lid 2 Gewijzigd Ontwerp.)

Ook met betrekking tot de realisering van het tweede leveringsdoel, de individualisering van de overgedragen zaken, hoeft het, zoals we zagen (blz.64 e.v.), niet alles of niets te zijn. Wat gebeurt er wanneer uit een grotere hoeveelheid zaken een niet afgescheiden en ook niet nader aangewezen gedeelte wordt ‘geleverd’? De rechtspraak van de Hoge Raad¹ opent een nieuw perspectief: er ontstaat een overgangsfiguur die het midden houdt tussen eigendom en verbintenis. Enerzijds een zakelijk afscheidingsrecht in geval van een faillissement van de vervreemder, anderzijds verdeling naar evenredigheid van hun aanspraken wanneer er meer rechthebbenden zijn.

Tenslotte de markering van het tijdstip waarop de verbintenisrechtelijke aanspraak van de verkrijger wordt omgezet in eigendom, een leveringsdoel van belang in verband met de fixerende werking van het faillissements

¹. HR 10 februari 1978, NJ 1979, 338

beslag. Ook hier zijn figuren tot ontwikkeling gekomen die het zwart/witstramien doorbreken. Levering onder eigendomsvoorbehoud en overdracht van toekomstige zaken scheppen een periode van overgangsrecht, een periode waarin het recht van de verkrijger meer is dan een verbintenisrechtelijke aanspraak, maar minder dan eigendom (zie blz. 53 e.v.).

Overdracht door een zakelijke overeenkomst en aanvullend recht.

Een grote flexibiliteit wordt verkregen door de contractualisering van de eigendomsoverdracht. Partijen kiezen, afhankelijk van hun situatie, hoe en wanneer de eigendom zal overgaan. Zeer vaak wordt van deze vrijheid gebruik gemaakt. Levering door middel van cognossementen en celen, overdracht onder eigendomsvoorbehoud of juist bij voorbaat zijn hiervan voorbeelden. Hier worden langs contractuele weg vorm en tijdstip van de eigendomsovergang aan de specifieke omstandigheden van partijen aangepast.

Aan de andere kant is het stellig zo dat in het gros der gevallen partijen zich niet uitlaten over het hoe en wanneer van de eigendomsovergang. Voor deze situatie moet het aanvullende recht in de bres springen. De vraag is alleen: met welke oplossing? Wat is het beste moment van eigendomsovergang indien partijen daaromtrent niets zijn overeengekomen?

De schat van ervaringen opgeslagen in de Europese rechtsgeschiedenis heeft, zoals gezien (blz. 13 e.v.), drie om de voorrang strijdende alternatieven opgeleverd: de totstandkoming van de koopovereenkomst, de aflevering van de zaak en de betaling van de koopprijs. Welk verdient de voorkeur? Aan eigendomsovergang op het moment van de totstandkoming van de koopovereenkomst

zijn twee voordelen verbonden. In de eerste plaats het voordeel van de eenvoud. Doel van de koopovereenkomst is eigendomsovergang; is het nu niet het eenvoudigst om terstond en zonder omhaal dit doel te realiseren door de eigendom te laten overgaan bij de totstandkoming van de koopovereenkomst? Als tweede voordeel kan gelden dat deze 'leer van de directe verkrijging' hecht ligt verankerd in het rechtsbewustzijn van niet-juristen. Zodra de koop van de tweedehands fiets is gesloten, is het voor de koper *zijn* fiets, en het adagium 'traditionibus non nudis pactis' zal hem daarvan niet afbrengen.

Eigendomsovergang op het moment waarop de koopprijs wordt betaald is stellig het meest rechtvaardig. De (ruil-)rechtvaardigheid is hier in het geding. Voor wat, hoort wat. De eigendomsovergang wordt gerechtvaardigd door wat in ruil daarvoor wordt ontvangen: de koopprijs.

Eenvoud, rechtvaardigheid, wat zijn de troeven van de aflevering als moment waarop de eigendom overgaat? De voordelen hiervan zijn te zoeken in de zekerheid van het rechtsverkeer en zij geven de doorslag ten gunste van de regel van aanvullend recht dat, tenzij partijen anders overeenkomen, de eigendomsovergang plaatsvindt bij de aflevering¹ aan de verkrijger.

Hoeksteen van het rechtsverkeer in roerende zaken is het vermoeden van eigendom verbonden aan de feitelijke macht der zaak.² De uitslag van vele eigendomsgeschillen wordt beslissend beïnvloed door de vraag: wie moet wat bewijzen? Een rechtsstelsel waarin dit rechtsvermoeden zo centraal staat, doet er goed aan de discrepanties

¹. De term sluit aan bij het woordgebruik elders in het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Vgl. bijvoorbeeld de artikelen 6.1.6.1. en 7.1.2.1.

². Zie voor het komende recht de artikelen 3.5.3. en 3.5.13 lid 1.

tussen vermoeden en werkelijkheid zo gering mogelijk te houden. Die kloof wordt echter juist aanmerkelijk verbreed, zowel door de koppeling van de eigendomsovergang aan de totstandkoming van de koopovereenkomst, als door de bepaling dat de eigendom overgaat bij de betaling van de koopprijs. In het eerste geval heeft de verkoper de zaak vaak nog in zijn macht, hoewel hij de eigendom heeft verloren. In het tweede geval is, omgekeerd, de verkoper veelal nog eigenaar hoewel hij de feitelijke macht reeds heeft afgestaan.

Nu is het uiteenvallen van eigendom en feitelijke macht tot op zekere hoogte onvermijdelijk in een enigszins ontwikkelde economie. De economische waarde van het eigendomsinstituut wordt enorm vergroot doordat het mogelijk is zaken uit handen te geven en ter beschikking van anderen te stellen zonder de eigendom te verliezen. Ook de mogelijkheid de eigendomsoverdracht los te koppelen van de feitelijke macht, betekent een belangrijke impuls voor het handelsverkeer, met name door faciliteiten op het gebied van de overzeese handel (cognossementen)¹ en door een adequate kredietbescherming (eigendomsvoorbehoud en levering bij voorbaat). De daaruit voortvloeiende discrepantie tussen het vermoeden van eigendom verbonden aan de feitelijke macht en de werkelijkheid is de prijs die zonder morren moet worden betaald. Geheel anders ligt dit wanneer op het gebied van de eigendomsoverdracht het aanvullende recht deze situatie tot regel zou verheffen, door de eigendomsovergang te koppelen aan, hetzij de totstandkoming van de koopovereenkomst, hetzij de betaling van

¹. Voor een fascinerende kijk op de voorlopers van onze cognossementen in de Italiaanse handelssteden van de veertiende eeuw, leze men, Iris Origo, *The merchant of Prato*, Harmondsworth

1979, bijvoorbeeld blz 100 'The Bill of Lading, for instance, of a ship arriving in Genoa from Roumenia on 21 May 1396 listed 37 bales of pilgrims robes, 191 pieces of lead and 80 slaves'

de koopprijs. Immers, wanneer bijvoorbeeld partijen zelf via een uitdrukkelijk beding bepalen dat de eigendom pas zal overgaan bij de betaling van de koopprijs, zal dit veelal in schriftelijke vorm geschieden (eventueel in de vorm van standaardvoorwaarden). In dat geval is het vermoeden van eigendom verbonden aan de feitelijke macht geen groot bezwaar omdat dit vermoeden waarop met name een beslagleggende crediteur van de koper een beroep zal doen, met behulp van het schriftelijke bewijs eenvoudig valt te ontzenuwen.

Het aanvullende recht is daarentegen bij uitstek van belang voor situaties waarin partijen hun rechtsverhouding niet uitdrukkelijk hebben vastgelegd, de talloze koopovereenkomsten waarbij niets op papier staat. Zou nu het aanvullende recht bepalen dat de eigendom niet door aflevering, maar door betaling van de koopprijs overgaat, dan zou de verkoper weliswaar eigenaar blijven, maar zijn eigendom zou een wassen neus blijken, gezien de bewijsnood waarin hij jegens de beslagleggende crediteur van de koper komt te verkeren.¹ Kortom, een stelsel dat vasthoudt aan de bewijsrechtelijke regel: feitelijke macht geeft een vermoeden van eigendom, doet er goed aan het aanvullende recht dat immers met name van belang is voor situaties waarin tegenbewijs ontbreekt, zo in te richten dat het vermoeden zoveel mogelijk correspondeert met de werkelijkheid. Blijft over als kandidaat voor een aanvullendrechtelijke rol de bepaling dat, tenzij partijen anders zijn overeengekomen, de eigendom van roerende zaken overgaat bij de aflevering aan de verkrijger.

¹. Soortgelijke bezwaren kleven aan de aanvullendrechtelijke bepaling dat de eigendom overgaat door de totstandkoming van de koopovereenkomst.

Voor de regeling zoals thans neergelegd in het Nieuw Burgerlijk Wetboek wordt het volgende alternatief aangeboden:

art. 3.4 2.5.

- 1 De levering vereist voor de overdracht van roerende zaken, niet-registergoederen, geschiedt door een daartoe strekkende overeenkomst.
2. Tenzij anders overeengekomen vindt de overdracht plaats bij de aflevering aan de verkrijger.^{1, 2}

*Eigendomsoverdracht van roerende zaken
in internationaal perspectief*

Een schrijnend vertoon van onmacht: artikel 8 van de Eenvormige Wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken. Vorm en tijdstip van eigendomsovergang worden uitdrukkelijk opengelaten. Het doel van de wet, rechtseenheid in de internationale handel wordt op dit belangrijke punt faliekant gemist en terzake van internationale koopovereenkomsten blijven het hoe en wanneer van de eigendomsovergang ten prooi aan de rechtsongelijkheid van de nationale stelsels.

Toch zijn er tekenen die wijzen op de mogelijkheid van rechtseenheid ook ten aanzien van de eigendomsovergang. Bovendien wijzen zij in de richting van een stelsel zoals hierboven aanbevolen: partijen bepalen hoe en wanneer de eigendom zal overgaan; indien zij daarom

¹ Het huidige tweede lid dient gehandhaafd te blijven als lid drie dan wel als een zelfstandige bepaling

² Toen 'Uit de ban van hier en nu' reeds ter perse was, werd door J H Beekhuis (WPNR 5531) een nauwverwant voorstel gedaan 'Men kan dan naar mijn mening het bestaande art. 3.4.2.5 beter vervangen door de regel

'De levering vereist voor de overdracht van roerende zaken niet-registergoederen geschiedt door een overeenkomst van partijen die ten doel heeft de eigendom van de zaak over te dragen'. De bezitsverschaffing levert dan toch nog een vermoeden op, dat partijen de bedoeling hadden de eigendom te doen overgaan'

trent niets overeenkomen, gaat de eigendom over bij de aflevering.

Convergerende ontwikkelingen

In de tuin van de buurman is het gras altijd groener. In landen met een contractueel stelsel van eigendomsoverdracht klinkt het verlangen naar een traditiesysteem.

‘One cannot but reflect how much simpler the position would have been, had the common law and the Sale of Goods Act adopted the rule of Roman law that the property in the goods, passes on and not before delivery’.¹

Waar traditionalisme heerst, lokken omgekeerd de zegeningen van een contractueel systeem.

‘Man gebe daher das Traditionsprinzip bei Mobilien völlig auf, wie es bei Immobilien längst als unbrauchbar erkannt und abgeschafft wurde. Man schliesse sich den romanischen und angelsächsischen Rechtsgeboten des Vertragsprinzips an’.²

Een regelrechte woningruil waarbij twee landen over en weer elkaars systeem overnemen, is niet waarschijnlijk en ook niet gewenst. Wel mogelijk is daarentegen een integratie van de waardevolle elementen uit beide systemen. Een geslaagde poging daartoe is reeds ondernomen. Een internationale commissie van juristen heeft onder voorzitterschap van de Engelse hoogleraar Gower een koopwet ontworpen voor Ghana.³ Daarin is enerzijds vastgehouden aan het uitgangspunt van de Engelse Sale of Goods Act dat de eigendom overgaat ‘at such time as the

¹ P S Atiyah, *The Sale of Goods*, London 1975, blz 144. Deze zin zou niet zo onbekommerd zijn neergeschreven in het volle besef van de acrobatiek waar toe deze ‘rule of Roman law’ heeft geleid.

² Th Suss, *Festschrift für Martin Wolff*, Tübingen, blz 165.

³ Zie H J Meitens, *Rebels Zeitschrift* 1962, blz 519 e.v.

parties to the contract intend it to be transferred'¹, maar anderzijds prijsgegeven de bepaling dat bij twijfel omtrent de partijbedoelingen de eigendomsovergang plaatsvindt op het moment dat de koop is gesloten. Hiervoor treedt in de plaats de hoeksteen van het traditiestelsel: eigendomsovergang door aflevering. Indien partijen niet anders zijn overeengekomen gaat de eigendom over bij de aflevering van de zaak.

In Duitsland zijn vergelijkbare voorstellen gedaan:

'(Man sollte) es künftig der Disposition der Parteien überlassen, den Zeitpunkt für den Eigentumsübergang durch schlichte Einigung nach freien Ermessen zu bestimmen, sofern nicht eine der hier aufgezeigten Ausnahmen notwendiger Übergabe vorliegt. Treffen die Parteien keine Bestimmung, hat der Traditionsgrundsatz immerhin noch den Wert einer Auslegungsrichtlinie: Im Zweifel wird das Eigentum mit der Übergabe übertragen'.²

Traditionalisme versus consensualisme; in het privaatrecht loopt niet zozeer de veiligste, als wel de beste weg door het midden. Het rechtsleven wordt bevolkt door overgangsvormen; zuivere typen komen in het wild niet voor. De hier bepleite regeling van de eigendomsoverdracht van roerende zaken is zo'n overgangsvorm. Niet een bleek compromis, het rekenkundige midden van twee uitersten, maar een afgewogen integratie van het beste van twee werelden.

¹. Sale of Goods Act 1979, s 17

². A. Wacke, *Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik*, Köln 1974, blz. 92 e.v.

DEEL II

*Wat is de positie van de algemene begrippen
van het burgerlijk recht?*

In de Thessalische bergen wordt door boeren een der laatste centauren gevangen. Wat nu? Het is niet waarschijnlijk dat deze overgangsvorm, half mens, half paard, zal worden gedood omdat zij niet in het zoölogisch classificatiesysteem past. Er bestaat meer kans dat dit beest zal weggewijnen in de dierentuin van Athene.

Het juridische systeem is vaak minder tolerant ten opzichte van overgangsvormen die de bestaande kaders doorbreken. Het lot van de fiduciaire eigendom illustreert dit. Opgekomen in de praktijk van het recht vormt deze bastaard (half eigendom, half pandrecht)¹ een serieuze bedreiging voor het systeem, met name voor het broze stelsel van preferenties. In het Nieuw Burgerlijk Wetboek wordt deze wildgroei terecht bestreden en wordt de zekerheidseigendom in de ban gedaan (art. 3.4.2.2. lid 3). Dat in het recht de leer soms sterker is dan de natuur, houdt verband met de omstandigheid dat de dogmatiek volstrekt niet lijdelijk is en de werkelijkheid van het recht slechts beschrijft, maar integendeel die werkelijkheid in belangrijke mate beïnvloedt. Het recht moet worden ingevuld door de rechter. 'Er folgt dabei bewährter Lehre, aldus artikel 1 van het Zwitserse Zivilgesetzbuch. En zo is het.

¹. Eigendom in zoverre dat een dubbele overdracht geen tweede zekerheidsrecht schept, hetgeen bij een dubbele verpanding wel het geval is. Pandrecht

in zoverre dat de zekerheids'eigenaar' de overgedragen zaak bij wanbetaling niet mag behouden, maar evenals de pandhouder openbaar moet verkopen.

‘Neem bijvoorbeeld de onrechtmatige daad. Vele van de hoofdmomenten in de rechtsontwikkeling zijn voorgedacht in de doctrine: de ruime formule van 1919, de relativiteitsleer, de vergoedbaarheid van ideële schade, de adequatieleer en de toerekening naar redelijkheid’.¹

Hoe is het in dit opzicht gesteld met de belangrijkste produkten van de dogmatiek: de algemene begrippen, zoals vertegenwoordiging, rechtspersoon, zakelijk recht? Wat is de status van de algemene begrippen van het burgerlijk recht?

Kent de rechtswetenschap normale typen?

Plato, Hobbes en Wittgenstein over de status van het begrip ‘rechtspersoon’. Een tijdeloos debat.

Plato: U weet dat wij altijd het bestaan van één wezenlijk kenmerk aan nemen voor iedere groep individuele dingen waaraan we dezelfde naam geven. Zo zijn er bijvoorbeeld talloze individuele rechtspersonen, maar er is maar één algemeen begrip, het wezen van de rechtspersoon.²

Hobbes: Het enige dat algemeen is aan het algemeen begrip ‘rechtspersoon’ is de naam; ‘there being nothing in the world Universall but Names; for the things named, are every one of them Individuall and Singular.’³

Wittgenstein: Kijk eens naar de rechtsfiguren die door juristen ‘rechtspersonen’ worden genoemd. Ik bedoel stichtingen, vennootschappen onder firma, huwelijksgemeenschappen e.d. Wat hebben zij gemeen? —Zeg niet: Er *moet* iets gemeenschappelijks zijn anders werden zij niet ‘rechtspersoon’ genoemd, maar *kijk*, of ze allemaal iets gemeenschappelijks hebben—. Want als je ze bekijkt, zul je weliswaar niet iets zien dat ze alle gemeen hebben, maar je zult gelijkenissen, verwantschappen zien, en een hele reeks nog wel. Zoals gezegd: denk niet, maar

¹. A.R.Bloembergen, De open wetenschap van het privaatrecht, Deventer 1979, blz.8

². Vrij naar Plato, Politeia, 596 a, b.

³. Hobbes, Leviathan, I., 4.

kijk!¹ Ik kan deze gelijkenissen niet beter karakteriseren dan door het woord 'familiegelijkenissen'. En ik zeg: de rechtspersonen vormen een familie.²

Drie standpunten in de aloude universalienstrijd. Wat is de plaats van het algemene en het bijzondere in deze wereld? Aan de ene kant is de aarde begroeid met miljoenen bomen, aan de andere kant zijn er er enige honderden woorden om deze bomen aan te duiden: boom, Baum, arbre, tree. . . Waar bevindt zich het *ene* algemene begrip 'boom'? Is het algemene van het algemene begrip 'boom' gelegen in de bomen zelf of in de taal waarmee de mens de hem omringende wereld ordent door de ontelbare individuele berken, beuken, eiken onder één noemer te brengen: boom.

Essentialisme (Plato), nominalisme (Hobbes) en analogisme² (Wittgenstein) geven ieder een eigen antwoord op deze vraag.

Volgens Plato is het algemene wel degelijk gelegen in de buitentalige werkelijkheid. Het wordt gevormd door het wezen, de essentie der dingen. Het algemene begrip 'boom' bestaat uit de 'essentie' die alle bomen gemeen hebben.

Voor Hobbes is het algemene uitsluitend gelegen in de taal. Algemeen zijn slechts de benamingen (vandaar nominalisme); 'for the things named, are every one of them Individuall and Singular'.

Een tussenstandpunt wordt ingenomen door Wittgenstein. Enerzijds plaatst hij, evenals Plato, het algemene in de wereld buiten ons, maar anderzijds draagt deze algemeenheid een geheel ander karakter: niet de 'essentie'

¹ Een pastiche van Philosophische Untersuchungen 66, 67.

² Om een term te kiezen die in dit rijtje past. In de Engelstalige literatuur wordt deze stroming meestal 'resemblance theory' genoemd.

die de dingen gemeen hebben, maar een netwerk van gelijkenissen, verwantschappen (analogisme).

Plato, Hobbes en Wittgenstein zijn onder ons. Zij spreken mee in het debat over de status van de algemene begrippen van het burgerlijk recht, met name in het dispuut over het algemene begrip 'rechtspersoon'. Waar moet het 'algemene' in het begrip rechtspersoon worden gelocaliseerd: in het recht zelf of in het spreken over recht?

Deze vraag wordt reeds terstond gecompliceerd door de nauwe samenhang tussen recht en taal. Buitentalig recht bestaat niet. De aanwezigheid van bomen op deze wereld is niet afhankelijk van het bestaan van taal. Integendeel, om zich te kunnen ontwikkelen tot 'het taaldier mens' moesten onze animale voorouders eerst de band verbreken met de bomen waarin zij leefden, en, rechtopgaand, uitzwermen over de vlakten van Oost-Afrika.¹

Daarentegen is het ontstaan van het verschijnsel 'recht' uit zijn aard afhankelijk van het bestaan van taal. In heel letterlijke zin is recht gebonden aan *rechtspraak*. Niettemin treedt na verloop van tijd een onmiskenbare celdeling op. Naast *rechtspraak*, het spreken *van* recht, ontwikkelt zich het spreken *over* recht. Terwijl de eerste activiteit deel uitmaakt van de werkelijkheid van het recht, poogt de tweede die werkelijkheid in kaart te brengen.

Weliswaar zijn alle verschijnselen, waaruit de wereld van het recht is opgebouwd, gebonden aan taal, maar dit neemt niet weg, dat zij een zekere zelfstandigheid genieten ten opzichte van hetgeen *over* hen wordt gezegd.

¹. Zie F.G.Droste, *Het taaldier mens*, Bilthoven 1974, blz.15

Zo behoorden de wilsrechten reeds tot het geldende recht, reeds vóórdát ze op de wetenschappelijke kaart waren ingevuld en als zodanig onder één noemer waren gebracht. De vraag blijft van belang: waar bevindt zich het algemene begrip 'rechtspersoon'? In de werkelijkheid van het recht of in het spreken over recht?

Aanhangers van de fictietheorie ontpoppen zich als nominalisten.¹ De rechtspersoon bestaat niet echt. Het is een fictie, een efficiënte *manier van spreken* over een werkelijkheid waarin alleen natuurlijke personen kunnen optreden als dragers van rechten en plichten. Hiertegenover staan realiteitstheorieën. De rechtspersoon bestaat wel degelijk. Zij is een realiteit *in* het recht en niet slechts een manier van spreken. Verdeeldheid onder de 'realisten' is er echter ten aanzien van de vraag waaruit het algemene van het algemene begrip rechtspersoon bestaat.

Essentialisten zoeken dit in hetgeen *alle* rechtspersonen *gemeen* hebben: hun *wezen*. Collectieve eigendom, een transindividueel doel, dat zijn bijvoorbeeld twee resultaten van een dergelijke 'Wesensschau'.² Een alternatieve strategie binnen het kamp der realisten is ontwikkeld door Meijers. Representatief voor zijn benadering is zijn visie op de rechtspersoonlijkheid van vennootschappen:

'M.i. verlangt de meest doelmatige ordening der rechtsverschijnselen, dat men eerst dan een rechtspersoon aanneemt, wanneer niet alleen met betrekking tot executie van schulden een afgescheiden vermogen

¹. Zie over de oude banden tussen fictietheorie en nominalisme, H.J. van Eikema Hommes, *De samengestelde grondbegrippen der rechtswetenschap*, Zwolle 1970, blz. 155.

². Gevaarlijk wordt deze essentialistische strategie als aan het aldus gevonden 'wezen' rechtsgevolgen worden verbonden. Zo bijvoorbeeld wanneer de

opvatting dat het *wezen* van de rechtspersoon wordt gevormd door een transindividueel doel, leidt tot de conclusie dat een doeloverschrijdende rechtshandeling de rechtspersoon nimmer kan binden, ook niet via bekrachting, anderszins gezien buiten haar doel de rechtspersoon niet bestaat.

aan te wijzen valt, maar wanneer dit vermogen door het recht beschouwd wordt belangen te dienen, die afgescheiden zijn van die van bepaalde, de vennootschap vormende personen. Ook bij deze voor de rechtspersoonlijkheid der vennootschap beslissende factor bestaat overigens, evenals bij de andere reeds besproken factor, het afgescheiden vermogen, *een geleidelijke overgang*; hier is dit een overgang van het aan enkele bepaalde personen gebonden belang naar het van bepaalde personen geabstraheerde belang', (cursivering toegevoegd).¹

Een markant verschil met de essentialistische aanpak. Niet het *wezen* van de rechtspersoon bepaalt of een vennootschap onder firma al dan niet rechtspersoonlijkheid bezit, maar 'de meest doelmatige ordening der rechtsverschijnselen'. En dat brengt mee, dat 'niet het ene antwoord als volstrekt juist, het andere als absoluut onjuist kan beschouwd worden'.²

Bij het oordeel over de vraag wat het meest doelmatig is, dient men zich te oriënteren aan twee gezichtspunten met een uitgesproken *variabele* structuur: de *mate* waarin sprake is van een afgescheiden vermogen en de *mate* waarin dit vermogen belangen dient die zijn geabstraheerd van bepaalde, de vennootschap vormende, personen.

Maatschap, vennootschap onder firma, naamloze vennootschap. Overgangsvormen in het privaatrecht. De werkelijkheid van het recht beweegt zich langs lijnen van geleidelijkheid. Maar wat zijn hiervan de consequenties voor de wetenschap? Op dit punt brengt Meijers zijn methodologische troefkaart in het spel: het normale type.

'Ten slotte kan men classificeren met behulp van normale typen. Een te ordenen stof kan zo vol schakeringen en overgangsvormen zijn, dat het streng volhouden van de eis, dat ieder tot een groep gebracht bij'

¹. E.M.Meijers, De algemene begrippen van het burgerlijk recht, blz.197 e.v.

². Het in de vorige noot aangehaalde werk, blz.197

zonder geval alle kenmerken van de groep in zich verenigen moet, praktisch niet vol te houden is; het zou tot zovele groepen en groepjes leiden, dat van een samenvatting en een overzichtelijkheid der stof niet gesproken kan worden. Men geeft dientengevolge de strenge eis prijs en voegt verschijnselen bijeen, die wellicht alle te zamen geen enkele eigenschap gemeen hebben, maar die hierom onder één groep met één benaming verenigd worden, omdat zij allen zeer weinig verschillen van een voor de ganse rubriek opgesteld normaal type'.^{1, 2}

Het normale type dat de grootste faam heeft verworven is ongetwijfeld de door Meijers opgestelde profielschets van een zakelijk recht, bestaande uit negen eigenschappen, waaronder zaaksgevolg, separatisme en prioriteit.

'De hierboven genoemde eigenschappen van het zakelijke recht worden niet steeds in volledige getale aangetroffen in de door de wet als zakelijke rechten aangeduide rechtsbetrekkingen. Ja het is zelfs een onmogelijkheid om enkele of ook maar één dezer eigenschappen te noemen, die altijd bij ieder zakelijk recht en alleen bij deze aanwezig is (...). Ook in het tegenwoordige recht staan tussen het absolute recht op een zaak en de zuiver relatieve vordering allerlei gradaties, die zo men de andere eigenschappen verwaarloost, met even veel of met even weinig recht tot de ene als tot de andere groep gebracht kunnen worden'.³

Welke waarde hebben normale typen voor de rechtswetenschap? Winst is in ieder geval de grotere flexibiliteit ten opzichte van overgangsvormen. Aldus bevinden de normale typen zich echter nog slechts halverwege een ontwikkeling die een logisch vervolg heeft. De richting waarin de functie van de privaatrechtelijke begripsvorming zich beweegt is onmiskenbaar: *van classificatie naar typologie*.

De normale typen worden door Meijers nog heel uit-

¹. Het op blz. 100 in noot 1 aangehaalde werk, blz. 30 e.v.

². Deze passage vertoont een frappante, zij het toevallige verwantschap met de beschouwingen van Wittgenstein (Phi-

losophische Untersuchungen nr. 65 e.v.) over het gebruik van algemene termen.

³. Het op blz. 100 in noot 1 aangehaalde werk, blz. 270 e.v.

drukkelijk beschouwd als een vorm van *classificatie*, het 'te zamen voegen van een groep verschijnselen onder een begrip'.¹ Uiteindelijk gaat het steeds om de vraag wat de meest doelmatige plaats is voor een bepaald rechtsverschijnsel: aan deze dan wel aan gene zijde van de grens. Toch is dit niet de manier waarop algemene begrippen (rechtspersoon, vertegenwoordiging, zakelijk recht) het hoogste rendement opleveren. De methodologische status van dergelijke algemene begrippen is onderworpen aan verandering. Deze ontwikkeling verloopt langs drie, onderling hecht verbonden, lijnen:

dichotoom → typologisch
 subsumptief → comparatief
 legitimerend → heuristisch

Dichotoom → typologisch

De status van algemene begrippen verschuift van dichotoom naar typologisch. Traditioneel splijten begrippen de wereld in tweeën. Wat eronder valt wordt geïsoleerd van de rest. Tot voor kort werd de aarde bevolkt door Britten en niet-Britten. De douane van het Verenigd Koninkrijk zag dat in en hield beide groepen bij aankomst streng gescheiden. Typologisering treedt op wanneer dit 'tweedelig' karakter van begrippen wordt prijsgegeven ten gunste van een benadering waarin plaats is voor overgangsvormen. Een logica van overgangsvormen, dat is het doel waarop het typologisch denken is gericht. De typologisering van de algemene begrippen geeft uitdrukking aan het verzet tegen de Wet van het

¹ Het op blz 100 in noot 1 aangehaalde werk, blz 29

Uitgesloten Midden (S is p of niet- p). Deze illustere wet geldt slechts voor geformaliseerde talen, maar niet voor de taal van het recht, waar het midden nu juist *niet* is uitgesloten. 'Dertien is een priemgetal of het is het niet'. Akkoord! 'De beslaglegger is zakelijk gerechtigde of hij is het niet'. Ook akkoord? Hier begint de wet van het uitgesloten midden te wankelen. Het beslagrecht neemt bij uitstek een middenpositie in. Enerzijds vertoont het 'typische' zakelijke trekken (bijvoorbeeld het zaaksevolg; art. 505 lid 5 Rv.), anderzijds lijkt het in sommige opzichten op een persoonlijk recht (het ontbreken van prioriteit, een latere beslaglegger deelt naar evenredigheid in de opbrengst van het beslagen goed).

Typologisering van de algemene begrippen van het privaatrecht onder afzwering van hun oorspronkelijke, dichotome status; twee voorbeelden die dit proces illustreren en waaruit tevens blijkt dat de wet van het uitgesloten midden nog geenszins is overwonnen.

Allereerst het 'algemeenste' begrip van het privaatrecht, het begrip 'privaatrecht'. Waar moet het burgerlijk procesrecht worden gesitueerd? Binnen het privaatrecht of daarbuiten, in het publiekrecht? Over deze vraagstelling is in de eerste helft van deze eeuw lang en breed gediscussieerd. Dit debat is thans—terecht—verstomd. Het gulden midden is gevonden: het burgerlijk procesrecht is van gemengd privaatrecht en publiekrechtelijke aard.¹ Op andere terreinen is de discussie omtrent het privaatrecht dan wel publiekrechtelijke gehalte van bepaalde rechtsfiguren daarentegen hoogst actueel. Contracten met de overheid bijvoorbeeld, vallen die onder

¹. Zie voor een documentatie van deze debatten, F. Zonderland, *Privaatrechtspleging in grondtrekken*, Zwolle 1977, blz. 4 e.v.

het privaatrecht of onder het publiekrecht? Thans ook hier de neiging om zich te onttrekken aan de vraagstelling in deze dichotome vorm ten gunste van een typologische benadering waarin het contract met de overheid wordt beschouwd als een rechtsfiguur met zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke trekken.¹ Het tweede voorbeeld van de kentering dichotoom—typologisch, is te vinden op het terrein van de vertegenwoordiging, en wel ten aanzien van het algemene begrip 'partij'. Soms laat het recht een contractueel beding doorwerken jegens een 'buitenstaander'. Is deze nu partij of niet? Tot in de hoogste kringen wordt de strijd op deze termen gestreden. Welles (Kortmann), nietes (de Hoge Raad). Een onvruchtbaar debat. Het midden tussen de begrippen partij en derde is geenszins uitgesloten. Het aanvankelijke niemandsland tussen beide begrippen wordt bezet door een typische overgangsfiguur 'de contractueel betrokken derde'.² Noordermeer en Makro³ vormen de voorhoede. Een en ander betekent een onmiskenbare typologisering van de begrippen 'partij' en 'derde'. De geen jegens wie het beding doorwerkt neemt ten aanzien van sommige onderdelen van de contractuele relatie de positie in van partij, terwijl hij ten aanzien van de andere rechtsgevolgen van de overeenkomst de rol van derde vervult.

Subsumptief → comparatief

De typologisering van algemene begrippen gaat gepaard met een tweede trend: hun status verschuift van sub-

¹. 'Moeten wij daarom niet erkennen, dat er in ons land een leerstuk overheidscontracten aan het groeien is, dat gesitueerd is in een grensgebied waarin privaatrechtelijke en publiekrechtelijke regels en beginselen met elkaar ver-

vlochten zijn?' A R Bloembergen, *Contracten met de overheid*, 1976, blz 63.

². Zie J L P Cahen, R M Themis 1965, blz 473 e v

³ Zie respectievelijk HR 7 maart 1969, 249 en HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362

sumptief naar comparatief. Voor Meijers is iedere begripsvorming, ook het opstellen van 'normale typen' gericht op classificatie, dat wil zeggen, 'het te zamen voegen van een groep verschijnselen *onder één begrip*'. Begrippen hebben hier een subsumptieve status, verschijnselen vallen *eronder*, of niet. De getallen 7, 11 en 13 vallen *onder* het begrip 'priemgetal', 8, 9 en 12 niet. Ook ten aanzien van 'normale typen' gaat het volgens Meijers om 'het bijeenvoegen van verschijnselen onder één groep met één benaming',¹ zij het dat het vaak een 'daad van willekeur'² is om een bepaalde overgangsvorm nog onder het begrip te vatten of juist niet.

Toch wordt de overgangsvormen in het recht op deze manier niet het volle pond gegeven. De erkenning dat de werkelijkheid van het recht 'vol schakeringen en overgangsvormen'³ is, heeft onvermijdelijk consequenties voor de status van algemene begrippen als rechtspersoon, vertegenwoordiging en zakelijk recht. Zij krijgen een *comparatieve* signatuur. De gekozen positie in de universalienstrijd kan niet zonder gevolgen blijven. De rechtsverschijnselen zijn niet opgedeeld in groepen gevormd op basis van een *wezenstrekk* die zij alle gemeen hebben (essentialisme). Evenmin is het recht een jungle van volstrekt geïsoleerde en unieke verschijnselen (nominalisme). De wereld van het recht wordt bevolkt door overgangsvormen, onderling verbonden door een netwerk van gelijkenissen en verwantschappen (analogisme). In het licht van het laatste standpunt wordt de gewijzigde rol van begrippen als rechtspersoon, vertegenwoordiging en zakelijk recht duidelijk. Het vaststellen van gelijke

¹. Het op blz 100 in noot 1 aangehaalde werk, blz. 31

². Het op blz. 100 in noot 1 aangehaalde werk, blz. 268

³. Het op blz 100 in noot 1 aangehaalde werk, blz. 30

nissen en verwantschappen veronderstelt één of meer punten van vergelijking. In die rol, als *tertium comparationis*, leveren de algemene begrippen het hoogste rendement op. Vergelijk bijvoorbeeld de volgende rechtsfiguren: de employé van een koffiehandel die een partij koffie koopt (A). De Klerk die een voorraad aan Noordermeer toebehorende, uien tegen uienmot laat behandelen door Roteb en ter zake een exonerationebeding aanvaardt (B), en de beslaglegger die het huis van zijn debiteur executoriaal verkoopt (C). Een netwerk van overeenkomsten en verschillen verbindt A, B en C.

Wat is in dit verband de rol van het begrip 'vertegenwoordiging'? De traditionele rol is gericht op subsumptie: vallen A, B en C wel of niet *onder* het begrip vertegenwoordiging? Maar wat levert dat op? Wat heb ik aan de wetenschap dat naar traditionele opvatting A wel onder het begrip 'vertegenwoordiging' valt, maar B en C niet. In ieder geval mag daaraan niet de conclusie worden verbonden dat in de gevallen B en C voor de achterman (respectievelijk Noordermeer en de debiteur) dus geen rechtsgevolgen intreden.

Meer rendement wordt verkregen door het begrip 'vertegenwoordiging' in te zetten in een comparatieve rol. De vertegenwoordigingsfiguur levert in ieder geval drie gezichtspunten van waaruit de vergelijking kan worden ondernomen: 1. *toerekening* van rechtsgevolgen aan een 'achterman', 2. de aanwezigheid van *vertegenwoordigingskwaliteit* bij een 'tussenpersoon' (handelen 'ten name van') en 3. behartiging van het *belang* van de achterman. Aldus kunnen de verwantschappen en verschillen tussen A, B en C in kaart worden gebracht. Het eerste aspect is steeds aanwezig, maar niet in dezelfde mate. In situatie A wordt de koopovereenkomst volledig toegerekend aan de koffiehandel. Bij B en C is de toerekening slechts fragmentarisch. Noordermeer wordt slechts ge-

bonden aan het exoneratiebeding, niet aan de gehele tussen De Klerk en Roteb gesloten overeenkomst. De executoriale verkoop door de beslaglegger heeft voor de debiteur wel rechtsgevolgen maar die zijn in hoofdzaak beperkt tot eigendomsverlies.

Het tweede aspect, de aanwezigheid van vertegenwoordigingskwaliteit is slechts aanwezig in situatie A, terwijl het derde aspect, de behartiging van de belangen van de achterman, manifest afwezig is in situatie C. Kortom, de hantering van het vertegenwoordigingsbegrip in een comparatieve rol heeft geleid tot het ontstaan van een portret waarop A, B en C herkenbaar zijn, niet als elkaars duplicaten, maar wel als leden van één familie.

Nu rijst uiteraard de vraag: wat is de zin van al dit vergelijken? Welke winst is erin gelegen als ik via het begrip 'vertegenwoordiging' de verwantschappen en verschillen vaststel tussen de employé van de koffiehandel en De Klerk? Op dit punt is van belang een derde verschuiving in de rol van algemene begrippen.¹

Legitimerend → heuristisch

Soms wordt terecht een subsumptief gebruik gemaakt van een rechtsbegrip. Zo bijvoorbeeld van het begrip 'huurkoop'. '*Onder huurkoop is begrepen de overeenkomst, waarbij ter zake van een koop en verkoop een derde die den eigendom der zaak verwerft, aan de koper crediet verleent des dat het geheel van handelingen de strekking van huurkoop erlangt* (art 1576 h lid 3 BW). Aldus verkrijgt het begrip 'huurkoop' tevens een legiti-

¹ Ook de door G.J. Wiarda gepropageerde 'vergelijkingsmethode' (Drie typen van rechtsvinding, blz 62 e.v.)

heeft met name heuristische waarde. Zie daarover J.H. Nieuwenhuis, R.M. Themis 1976 blz 507 e.v.

merende functie. De constatering dat een transactie valt onder het begrip 'huurkoop' dient *ter rechtvaardiging* van het intreden van bepaalde rechtsgevolgen (bijvoorbeeld de nietigheid van een vervalclausule, art.1576 t en de competentie van de kantonrechter).

Kan ook van een algemeen begrip als 'vertegenwoordiging' een dergelijk legitimerend gebruik worden gemaakt? Kan bijvoorbeeld de premisse dat De Klerk is opgetreden als vertegenwoordiger van Noordermeer dienen ter rechtvaardiging van de conclusie dat Noordermeer *dus* gebonden is aan het exoneratiebeding. Of kan de redenering slechts in omgekeerde volgorde verlopen: de werking van het exoneratiebeding jegens Noordermeer rechtvaardigt de conclusie dat sprake is van (partiele) vertegenwoordiging?

Dat alleen het laatste juist is, wordt overtuigend beschreven door Cahen. Hij verwijt de theorie die de verklaring van de derdenwerking zoekt in de vertegenwoordigingsfiguur dat zij 'meent in deze begrippen (vertegenwoordiging en toerekening) de rechtvaardiging voor de doorwerking te kunnen vinden' terwijl ze slechts 'geschikt zijn om op generaliserende wijze rechtsgevolgen te beschrijven, die vervolgens van elders moeten worden gepreciseerd en verklaard'.¹

De omstandigheid dat het algemene begrip 'vertegenwoordiging' niet kan dienen ter rechtvaardiging van het intreden van derdenwerking neemt intussen niet weg dat een confrontatie van beide figuren wel degelijk zin heeft. De associatie met het vertegenwoordigingsbegrip heeft echter geen legitimerende functie, doch uitsluitend een—

¹. WPNR 5497

zeer waardevol—*heuristisch* effect. Langs deze weg komt men inzichten op het spoor die wèl bijdragen tot de rechtsvaardiging van de derdenwerking. De inzet van algemene begrippen zal vaak leiden tot interessante ontdekkingen. Aldus wordt niet zelden argumentatiemateriaal aange troffen waarvan de legitimerende status onbetwistbaar is: algemene *beginselen* van het recht. Een spectaculair voorbeeld van een dergelijke heuristische strategie is juist gelegen op het terrein van de derdenwerking van exonerationbedingen. De associatie met de vertegenwoordigingsfiguur leidt hier tot een belangrijke vondst: twee beginselen die bij uitstek de derdenwerking rechtvaardigen, het toedoenbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Vergelijking van een (standaard)vertegenwoordigingsarrest met een toonaangevend arrest op het terrein van de derdenwerking brengt het 'beginselenverbond' tussen beide rechtsfiguren duidelijk aan het licht:

'HR 6 mei 1926, NJ 1926, 721 Vas Dias/Salters: 'dat men, ook door een vertegenwoordiger, alleen dan door overeenkomst kan worden verbonden, indien men zijn wil daartoe heeft geopenbaard, hetzij rechtstreeks, hetzij doordat zulks *uit de gedragingen van den verbonden persoon* (toedoenbeginsel) in verband met de eischen van het maatschappelijk verkeer en het daardoor bij de wederpartij opgewekte *vertrouwen* (vertrouwensbeginsel) kan worden afgeleid'.

HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249: Gegaste uien. 'dat zij (Noordermeer) blijkens 's-Hofs arrest zonder enige beperking of nadere omschrijving aan de Klerk toestemming heeft gegeven haar uien die in de cellen van de Klerk waren opgeslagen, door de Roteb te laten gassen, daarbij aan de Klerk de vrije hand latende bij het regelen van de opdracht aan de Roteb, en aldus *een situatie in het leven heeft geroepen* (toedoenbeginsel) waarin de Gemeente, zo zij alle aansprakelijkheid voor de gevolgen die de gasbehandeling voor de uien zou hebben, heeft uitgesloten, *er van heeft kunnen: uitgaan* (vertrouwensbeginsel) dat die aansprakelijkheidsbeperking voor alle in de Klerk's cellen opgeslagen en aan de Roteb ter behandeling gegeven uien zou gelden'.

Een heuristisch gebruik van algemene begrippen leidde ook tot bruikbare vondsten ten aanzien van een rechts

figuur die ons in het voorgaande heeft bezig gehouden: de positie van diegenen aan wie bij voorbaat uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde zaken zijn overgedragen. Confrontatie van deze overgangsfiguren met het begrippenpaar 'zakelijk recht'—'verbintenis' heeft twee gezichtspunten opgeleverd die hun rechtspositie dienen te beheersen: het beginsel van separatisme en het paritas-beginsel. De verkrijgers kunnen de bij voorbaat overgedragen zaken separeren uit het faillissement, maar moeten die zaken onderling verdelen naar evenredigheid van hun aanspraak. (zie hierboven blz.64 e.v.).

Een gewichtige tegenwerping moet nog worden ontkracht. Is het niet zo dat wat er zij van mogelijke wijzigingen in de status van algemene begrippen, dit in ieder geval niet geldt ten aanzien van onderdelen van het recht waar de Wet van het Uitgesloten Midden nog in volle glorie heerst. Met name het faillissementsrecht lijkt zo'n terrein. Kernbepaling daarvan is immers art.26 F:

'Rechtsvorderingen, die voldoening eener verbintenis uit den boedel ten doel hebben, kunnen gedurende het faillissement ook tegen den gefailleerde op geene andere wijze ingesteld worden, dan door aanmelding ter verificatie'.

Voor het algemene begrip 'verbintenis' dat in deze bepaling centraal staat, lijkt een volstrekt dichotome en subsumptieve rol weggelegd. Van tweeën één: of de rechtsverhouding valt onder het begrip verbintenis of zij valt daar *niet* onder. Bovendien heeft de uitslag van deze subsumptie een legitimerende kracht. De beslissing of de rechtsverhouding al dan niet zal worden afgewikkeld via een verificatieprocedure wordt er door gerechtvaardigd. Het heeft er alle schijn van dat het dichotome karakter van het faillissementsrecht een onoverkomelijke barrière opwerpt tegen overgangsvormen tussen eigendom en verbintenis, zoals zij in het voorgaande ten to-

nele werden gevoerd. Toch is dit inderdaad schijn. Zo zwart-wit is het faillissementsrecht niet. Daarin is wel de gelijk plaats voor overgangsvormen. De bepalingen in de Faillissementswet gewijd aan het retentierecht zijn er om dit te bewijzen. Het retentierecht is een onmiskenbare overgangsvorm met enerzijds zakelijke, en anderzijds persoonlijke trekken. Dit ambivalente karakter komt tot uitdrukking in de wettelijke regeling. Krachtens art. 60 j° 176 lid 3 zal de retentor in de regel zijn vordering integraal voldaan krijgen 'alsof er geen faillissement ware'. In zoverre gelijkt zijn positie op die van een separatist. Aan de andere kant moet de retentor in geval van een akkoord genoeg nemen met de akkoordspercenten en verliest hij het recht van terughouding. In dat opzicht verschaft het retentierecht hem geen andere aanspraken dan die van concurrent schuldeiser.

Conclusie: de aanbevolen regeling van de positie van de verkrijgers van bij voorbaat overgedragen soortzaken in geval van faillissement, past stellig in het stelsel van de (faillissements-)wet en sluit evenzeer aan bij wel in de (faillissements-)wet geregelde gevallen.

TENSLOTTE

Het tijt keert. Twee systemen van privaatrecht lossen elkaar af. Het arrest Blauwboer/Berlips¹ vormde de grote finale van het 'tweedelig stelsel'. 'De in onze burgerlijke wetgeving bestaande scherpe onderscheiding tussen zakenrecht en verbintenissenrecht' werd voor het laatst

¹. HR 3 maart 1905, W 8191

met volle inzet verdedigd. Daarna zijn de poorten geopend. Een lange stoet overgangsfiguren trok binnen.¹ Ook elders zijn de dijken gebroken. In de eerste plaats ten aanzien van de scheiding tussen rechtsplicht en morele plicht. 'Verplichtingen welke slechts berusten op de voorschriften van de moraal of het fatsoen' werden binnengehaald als natuurlijke verbintenissen,² 'dat koekoeksei door moraal en fatsoen gelegd in het nest der rechtswetenschap'.³ Vervolgens de bronnen van de verbintenissen. 'Alle verbintenissen ontstaan *of* uit overeenkomst, *of* uit de wet' (art. 1269 BW). De Hoge Raad ontsloot een derde weg.⁴ Tenslotte de scheidsmuur tussen partij en derde. Deze werd, zo niet geslecht, dan toch aanmerkelijk verlaagd.⁵ De bressen geschoten in het dichotome systeem openen nieuwe verschieten: het privaatrecht als een stelsel van overgangsvormen.

¹. Vgl. A. Pitlo, Na 3 maart 1905, Deventer 1969

². HR 12 maart 1926, NJ 1926, 777; Goudse Bouwmeester

³. S. van Brakel, Leerboek van het Ne-

derlandse Verbintenissenrecht, Zwolle 1948, blz. 5

⁴. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548; Quint/Te Poel

⁵. HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249; Gesteuene uien.

Er worden verschillende werend goed

Colofon

Deze uitgave werd naar grafische vormgeving van
Pieter J. van der Sman gezet uit de Monotype Pastonchi,
door Koninklijke Drukkerij Van de Garde b.v. te
Zaltbommel gedrukt, en gebonden bij Kramer
Boekbinders b.v. te Apeldoorn; het binnenwerk werd
gedrukt op houtvrij papier Florence, het omslag op
Strathmore Artlaid vergé karton.

ISBN 90 268 1204 3

